Begriff und Rechtsfolgen der Rechtsbedingung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

des

Fachbereichs Rechtswissenschaften

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Klaus Knorr

Rechtsanwalt aus Dillingen/Donau

Marburg

1978

Druck von Albert Verbeet K G in Oberhausen-Osterfeld

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546010_0023

Begriff und Rechtsfolgen der Rechtsbedingung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

des

Fachbereichs Rechtswissenschaften

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Klaus Knorr

Rechtsanwalt aus Dillingen / Donau

Marburg

1978

Druck von Albert Verbeet K G in Oberhausen-Osterfeld

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 29. Mai 1978
Berichterstatter: Professor Dr. Beuthien
Mitberichterstatter: Professor Dr. Rupprecht
Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 1978

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis
Literaturverzeichnis

Einleitung — Seite

1. Kapitel : Anlaß und Gegenstand der Untersuchung
I. Anlaß 1
II. Gegenstand 4

Erster Hauptteil

2. Kapitel : Die bisherigen Definitionsversuche in der Literatur 5
I. Die Lehre von der Rechtsbedingung in der gemeinrechtlichen Wissenschaft 5
II. Nach Kodifizierung des BGB 8
1. Die Stellung der Motive 8
2. Die Ansicht von Siber 9
3. Die Ansicht von Oertmann 9
4. Die Stellung der neueren Lehre 11

Zweiter Hauptteil

3. Kapitel : Begriff und Wesen der Rechtsbedingung in der Rechtsprechung 13
I. Die Hauptanwendungsfälle der Rechtsbedingung
1. auf dem Gebiet des Strafrechts 13
2. auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts 16
II. Wirkungen der Rechtsbedingung 20
1. vor der Entscheidung
a. Der Zustand der schwebenden Unwirksamkeit 20
b. Die Gebundenheit der Parteien und ihre Treuepflicht 22
c. Folgen bei Verletzungshandlungen 22
2. nach der Entscheidung 23
a. bei Erteilung der Genehmigung 23
b. bei Versagung der Genehmigung 24
III. Kritik 24

Dritter Hauptteil

4. Kapitel : Anwendbarkeit der §§ 158 ff auf die Rechtsbedingung 30

I. Der Bedingungsbegriff

1. Die Bedingung i.S.von §§ 158 ff 30

2. Die Rechtsbedingung in Abgrenzung zu verwandten Fällen 30

3. Die Rechtsbedingung und ihre Beziehung zu den anderen Tatbestandselementen 33

4. Die stillschweigende Bedingung 46

5. Einzelfälle der Rechtsbedingung 47

Die Zustimmung kraft Aufsichtsrecht

a) die beschränkte Geschäftsfähigkeit 48

b) die behördliche Genehmigung 51

c) die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung 52

d) die Genehmigung des Gegenvormunds 55

e) die Kindesannahme Minderjähriger gem. §§ 1741 ff BGB 56

f) die Genehmigung der Erben zu Geschäften des § 2205 S.3 57

g) die Genehmigung des Testamentsvollstreckers im Falle des § 2211 59

h) die Genehmigungsfälle nach §§ 133, 134, 129 KO 59

Die Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung

a) die Geschäfte des Vertreters ohne Vertretungsmacht 61

b) die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten 63

c) die Gläubigergenehmigung nach § 415 65

d) die Genehmigung im gesetzlichen Güterrecht gem. §§ 1365 ff 67

6. Sonstige Genehmigungsfälle

a) die staatliche Genehmigung im Falle der Stiftung gem. § 80 68

b) die Genehmigung im Falle des § 684 S.2 70

c) die Genehmigung im Falle des § 1001 71

7. Weitere Einzelfälle 71

II. Unmittelbare Anwendung der §§ 158 ff BGB 76
1. Die Stellung der Motive 76
2. Die Ansicht von Rechtsprechung und Literatur 76

III. Analoge Anwendung der §§ 158 ff BGB 76
1. Analoge Anwendung des § 160 BGB
a) sein rechtspolitischer Gedanke 78
b) analoge Anwendung bei der Rechtsbedingung mit Rückwirkung 78
c) analoge Anwendung bei der Rechtsbedingung ohne Rückwirkung 79
d) Anwendbarkeit der pVV und der Regeln der §§ 324, 325 BGB 81
2. Analoge Anwendung des § 161 BGB 83
a) sein rechtspolitischer Gedanke 83
b) analoge Anwendung bei der privatrechtlichen Genehmigung 83
c) bei der öffentlich-rechtlichen Genehmigung 83
d) bei noch fehlendem Substrat 85
e) bei der Vorausabtretung 86
3. Analoge Anwendung des § 162 BGB 92
a) sein rechtspolitischer Gedanke 92
b) analoge Anwendung bei der obrigkeitlichen Genehmigung 92
c) bei der privatrechtlichen Genehmigung 95
d) beim Handeln ohne Vertretungsmacht 95
e) bei der Verfügung eines Nichtberechtigten 96
4. Einzelfälle 97

Zusammenfassung und Ergebnis 103

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Bd., S.)
a.F.	alter Fassung
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts (bis 1954 Zeitschrift: Arbeitsrechtliche Praxis) Jahrgang u. Seite, seit 1954 Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Bd., S.)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht; Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Bd., Abt., S.)
BB	Betriebs-Berater (Jahr, S.)
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Bd., S.)
BGH Warn	Warneyer, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Jahr, Nr. der Entscheidung)
Bl.	Blatt
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
c.f.	condicio facti
c.i.	condicio iuris
c.i.c.	culpa in contrahendo
c.t.	condicio tacita
dergl.	dergleichen

ders.	derselbe
Diss.	Dissertation (juristische)
DJ	Deutsche Justiz (Jahr, S.)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Jahr, Sp.)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, S.)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Jahr, S.)
DR	Deutsches Recht (Jahr, S.)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr, Sp.)
Einf.	Einführung
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f	die folgende, die nächste (z.B.: S.10 f = S.10 und 11)
ff	folgende (z.B. S.10 ff = S.10, 11 und 12 evtl. 13 etc.)
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr, S.)
gem.	gemäß
Gruchot	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Jahr, S.)
HansGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung (Jahr, Abt., Sp.)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nr. der Entscheidung)
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.Verb.m.	in Verbindung mit
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (Bd., S.)
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Bd., S.)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, S.)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, S.)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, S.)
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Bd., S.)
KO	Konkursordnung

KRG	Kontrollratsgesetz
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Paragraph, Gesetz, Nr. der Entscheidung, Bl.)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Sp.)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, S.)
Mot.	Motive
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, S.)
Nr.	Nummer
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen (Bd., S.)
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Bd., S.)
RdL	Recht der Landwirtschaft (Jahr, Nr.)
Recht	Das Recht (Jahr, S.)
RPfl	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr, S.)
RPflJb	Rechtspfleger-Jahrbuch (Jahr, S.)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Bd., S.)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite; Satz
s.	siehe
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Bd., Nr. der Entscheidung)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt (-e, -er, -em, -en)
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.	und
u.a.	und andere; unter anderem; unter anderen;
u.ä.	und ähnlich; und ähnliche
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen

v.	von; vom; vor
VersR	Versicherungsrecht (Jahr, S.)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WarnRspr	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr, Nr. der Entscheidung)
WV	Wirksamkeitsvoraussetzung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr, S.)
z.B.	zum Beispiel
Ztschr.f.Rpfl.	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Jahr, S.)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend

LITERATURVERZEICHNIS

Adickes	Zur Lehre von den Bedingungen nach Römischen und heutigemRecht, Berlin 1876
Arndt	Die Wirkung einer Vorausabtretung künftiger Forderungen im Konkurs, DRiZ 1954, 233
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, 33. Auflage, München 1975 abgek.: ZPO
Baur	Lehrbuch des Sachenrechts, 7. Auflage, München 1973 abgek.: Sachenrecht
Beitzke	Familienrecht, Ein Studienbuch, 17. Auflage, München 1974
Berndorff	Die Gattungsschuld, Berlin 1900
Beuthien	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalabtretung Teilung statt Erwerbsvorrang bei Kreditsicherung aus künftigem Vermögen BB 1971, 375
Bullinger	Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung DÖV 1957, 761
Blomeyer	Urteilsbesprechung in JZ 1959, 601
v. Blume	Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen JherJb 51, 1
Boehmer	Der Übergang der hypothekarischen Sicherung vom Zwischenkredit auf den Hauptkredit ZAkDr 1940, 174
Brinz	Lehrbuch der Pandekten, 2. Auflage, Erlangen 1873 - 1885
Brox	Erbrecht, 3. Auflage, Köln 1974
Callmann	Die condicio iuris, Diss. Rostock 1908
Capeller	Die doppelte Sicherungszession an den Waren- und Geldkreditgeber MDR 1956, 137

v. Caemmerer	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof in JZ 1953, 98
Dempewolf	Urteilsbesprechung in NJW 1959, 1533
—	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession MDR 1959, 806
Dölle	Familienrecht, Bd. 2, Karlsruhe 1964
Eccius	Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat Gruchot Beitr. Bd. 46, 55
—	Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht Gruchot Bd. 47, 51
—	Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen DJZ 1904, 54
Egert	Die Rechtbedingung im System des bürgerlichen Rechts, Berlin 1974
Eisele	Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung AcP 50, 253 abgek.: Suspendivb.
—	Zur Lehre von der condicio iuris AcP 54, 109
Emmerich	Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909
Endemann	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8./9. Auflage, Berlin 1903-1908
Enneccerus	Über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins, Göttingen 1871 abgek.: Suspensivb.
—	Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1888 abgek.: Rechtsg.
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, Bd. 1, Teil 2, 15. Auflage, Tübingen 1960
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 und 2, 6. Auflage, Münster 1975 abgek.: BGB

—	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession BB 1959, 1109
—	Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt, Karlsruhe 1960 abgek.: Globalz.
Esser	§ 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession ZHR 135, 320
—	Schuldrecht, 4. Auflage, 1. Bd. Allgem. Teil, Karlsruhe 1970; 2. Bd. Besonderer Teil, Karlsruhe 1971
Fischer	Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehaltes der Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln des Kreditgebers, Diss. Münster 1956
Fischer-Henle	Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage, München 1932
Fitting	Über den Begriff der Rückziehung, Erlangen 1856 abgek.: Rückziehung
—	Über den Begriff der Bedingung AcP 39, 305
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 2. Auflage, Berlin 1975 abgek.: Das Rechtsg.
—	Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts NJW 1959, 915
—	Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt NJW 1950, 841
Forkel	Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Berlin 1962 abgek.: Anwartschaftsrecht
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgem. Teil, 10. Auflage, München 1973 abgek.: Verw.R.
Fuchs	Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917 abgek.: Grundbegriffe
Gernhuber	Lehrbuch des Familienrechts, 2. Auflage, München 1971 abgek.: Familienrecht

Gierke, J. v.	Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin 1948
Gierke, O. v.	Deutsches Privatrecht, 2. Bd., Sachenrecht, Leipzig 1905
Grützmann	Buchbesprechung in AcP 125, 358
Habicht	Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung DJZ 1901, 265
Habscheid	Zur Problematik der "gesetzlichen Vertretung" FamRZ 57, 112
Haegele	Einzel- und Zweifelsfragen um den Testamentsvollstrecker RPflJb 57, 147
Hahnzog	Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, Diss. München 1962
Heck	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 abgek.: Schuldrecht
—	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930 abgek.: Sachenrecht
Hellwig	Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1889 abgek.: Verträge
Heur	Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 1903, 28
Hopp	Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaftsrecht, Berlin 1938 abgek.: Eigentumsvorbehalt
Humburg	Einwirkungen des Devisennotrechtes auf Privatrechtsverhältnisse, Diss. Rostock Berlin 1936
Jhering, v.	Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 3. Auflage, Leipzig 1877
—	Passive Wirkungen der Rechte Jahrbuch für die Dogmatik Bd. 10, 387
Jaeger	Konkursordnung, 2. Bd., 8. Auflage, Berlin 1973

Janicki	Die Erteilung privatrechtsgestaltender behördlicher Genehmigungen nach unanfechtbarer Versagung NJW 1963, 838
Josef	Zwei Streitfragen aus dem Gebiet des bürgerlichen Rechts Ztschr. f. RPfl. in Bayern 1925, 353
Kapler	Begriff und Wesen der condicio iuris, Diss. Berlin 1889
Karlowa	Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877 abgek.: Rechtsgeschäft
Keidel	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Auflage, München 1972
Kieckebusch	Die öffentlich-rechtliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte, Diss. Göttingen 1963
Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 4, Familienrecht, 7. Auflage, Marburg 1931
Koeppen	Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden Jahrbuch für die Dogmatik Bd. 11, 139
Kötter	Die Tauglichkeit der Vorausabtretung als Sicherungsmittel des Geld- und Warenkredites unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundes, Frankfurt 1960
Kühne	Tatbestandsteilung, Rostocker Abhandlungen, Rechtswissenschaftliche Reihe, Heft XXIV, Rostock 1936 abgek.: Tatbestandsteilung
Lange, H.	BGB, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1968
—	Leistungsstörungen beim schwebend unwirksamen Geschäft in Festschrift für Walter-Schmidt-Rimpler, S. 139 abgek.: Leistungsstörungen
Lange, O.	Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen AcP 152, 241
—	Die Bedeutung der behördlichen Genehmigung im rechtsgeschäftlichen Verkehr NJW 1949, 201

Larenz	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, München 1975
—	Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd. Allgem. Teil, 10. Auflage, München 1970
Lehmann	Deutsches Familienrecht, 4. Auflage, Berlin 1967
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Auflage, Berlin 1966
Lempenau	Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, Berlin 1968
Lent	Die Rechtsstellung des Gläubigers der Hypothek für eine zukünftige Forderung DtNotZtschr, 37, 386
Lüderitz	Das neue Adoptionsrecht NJW 76, 1865
Lutter	Die Grenzen des sogenannten Gutglaubensschutzes im Grundbuch
Manigk	Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939
	"Tatsachen, juristische" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, Bd. 5, S. 847 Berlin Leipzig 1928
Mentzel/Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflage, Berlin 1962
Mittelstädt	Der Maklervertrag (insbesondere der Grundstücksmaklervertrag) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte, Diss. Kiel 1932
Motive	Motive zum Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Bd. I, II, IV Berlin Leipzig 1888
Müller	Rücknahme der wirksam gewordenen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei Täuschung des Richters?

Müller-Freienfels	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübigen 1955 abgek.: Vertretung
Münzel	Zur Rückwirkung der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Genehmigung unter Einschluß des Kartellrechts NJW 1959, 1657
—	Nachträgliche Erteilung einer verweigerten Genehmigung NJW 1959, 601
Nebelung	Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt NJW 1960, 511
Oertmann	Die Rechtsbedingung (condicio iuris) Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre, Leipzig - Erlangen 1924 abgek.: Rechtbedingung
—	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 35. Auflage, München 1976
Pietzker	Über den Begriff der aufschiebenden Bedingung AcP 74, 462
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Strohal, Bd. 3, Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin 1906
Reichel	Die Maklerprovision, München 1913
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshof, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage, Berlin 1959 ff
Riesenfeld	Der Civilmäkler, Beiträge zu der Lehre von den Agenten Gruchot Bd. 37, 27
Rosenberg	Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung, 5. Auflage, München 1965 abgek.: Die Beweislast

Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 11. Auflage, München 1974
Savigny, v.	System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 3 Berlin 1840
Schantz	Verlängerter Eigentumsvorbehalt - wie lange noch? Frankfurt 1937
Scherbring	Natur und Wirkungen der condicio iuris, Diss. Erlangen 1897
Scheurl, v.	Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, in Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts, 2. Bd., Erlangen 1871
Schlegelberger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Bd. Köln 1956 abgek.: FGG
Schönke-Kuchinke	Zivilprozeßrecht, 9. Auflage, Karlsruhe 1969
Semeka	Das Wartrecht in Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 35, 155
Serick	Probleme bei mehrfacher Abtretung künftiger Forderungen, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession BB 1960, 141
Siber	Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht, Tübingen 1909 abgek.: Buchrechtsgeschäft
—	Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht Jherings Jb 50, 55
Siebert	Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933
Skolny	Zur Auslegung der Devisenverordnungen JW 1932, 1956
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, Allg. Teil, 10. Auflage, Stuttgart 1967; Bd. 5 Familienrecht, Stuttgart 1971; Bd. 6 Erbrecht, Stuttgart 1974
Staudinger, v.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Bd. 1, 11. Auflage, Berlin 1957; Bd. 5, 2. Teil, 10./11. Auflage, Berlin 1960

Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 3. Bd., 19. Auflage, Tübingen 1975
Sternberg	Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung JheringsJb 62, 455
Stöver	Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Rechtsgeschäft? Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 26, 149
Strohal	Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürlichen Gesetzbuches, 1. Bd., 3. Auflage, Berlin 1903
Thiele	Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln 1966
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 8. Auflage, München 1975
Titze	Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900
Tuhr, v.	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Auflage, Berlin 1932
Unger	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2, 4. Auflage, Leipzig 1876
Vangerow, v.	Lehrbuch der Pandekten, 7. Auflage, Marburg 1876
Wendt	Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, Erlangen 1872
Westermann	BGB-Sachenrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1973
Windscheid	Die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1851 abgek.: Bedingung
—	Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Auflage, Frankfurt 1887 abgek.: Pandekt
Wolf	Lehrbuch des Sachenrechts, Köln 1971
Wolff-Raiser	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, Sachenrecht, 10. Auflage, Tübingen 1957

Würdinger — Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff, München 1928
abgek.: Anwartschaft

Zitelmann — Irrtum und Rechtsgeschäft, Berlin 1878

Einleitung

1. Kapitel: Anlaß und Gegenstand der Untersuchung

I. Anlaß

Die mehrere Jahrzehnte andauernde Diskussion eines bestimmten Rechtsproblems magnichts Ungewöhnliches darstellen. Erstaunlich muß man es aber finden, wenn nach einem derart langen Zeitraum immer wieder nicht nur vereinzelt Meinungen größter Gegensätzlichkeit vertreten werden, die einmal ein Institut als sehr wichtigundnicht wegdenkbar, zum anderen dagegen als unbeachtlich und überflüssig werten. Eine solche Erscheinung finden wir heute in dem Begriff der Rechtsbedingungen, der ‚condicio iuris'.
Um den Begriff der Rechtsbedingung richtig erfassen zu können, ist ein Rückblick auf ihre Entwicklung unerläßlich.

Der Ausdruck 'condicio iuris' kommt in den römischen Rechtsquellen lediglich an zwei Stellen vor. So weist Julian im 31. Buch seiner Digesten auf die unterschiedlichen Bedingungsarten hin, indem er feststellt: "Multum interest, condicio facti an iuris esset[1]". Anhand von Beispielen zieht er den Schluß, daß bei der tatsächlichen Bedingung außer ihrem Eintritt noch die Kenntnis hiervon erforderlich sei; bei denen jedoch, die ihren Ursprung aus dem Rechte nehmen (quae vero ex iure venient), sei weiter nichts als ihre Erfüllung vonnöten.

Paulus hebt demgegenüber im 1. Buch zum aedilicischem Edikt[2] im Falle des Verkaufes einer Sache unter einer Rechtsbedingung den besonderen Schwebezustand (propter iuris condicionem in suspenso est) mit seiner Bindungswirkung hervor.
Ansonsten wird der Begriff der 'condicio iuris' ausschließlich, jeweils bei Prüfung von Fällen wie z.B. des Testamentes oder der Stipulation, mit verschiedenen Wendungen umschrieben[3]. Eine Definition der Rechtsbedingungen ist in den Quellen jedoch nicht zu finden. Dies erklärt sich daraus,

---

1) D. 35, 1, 21
2) D. 21, 1, 43, 10
3) z.B. D. 35, 1,99, 1 : "Condiciones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videantur, non facient legata condicionalia."
oder
D. 23, 3, 21, 1 : "Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc 'si nuptiae fuerint secutae', et ita demum ex ea agi posse (quamvis non sit expressa condicio) si nuptiae, constat."

daß die römischen Juristen bekanntermaßen einzelne Begriffe wie den der 'Bedingung', des 'Rechtsgeschäfts' etc. nicht einer gesonderten Untersuchung unterzogen haben. Aus diesem Grunde findet man daher in den Quellen nur verschiedene Rechtsfälle, in denen Rechtsbedingungen vorkommen. Diese wurden dann jedoch nicht abstrakt untersucht und definiert, sondern die Prüfung beschränkte sich immer auf den gerade vorliegenden Fall. Das Problem der condicio iuris tauchte bei den römischen Juristen immer nur da auf, wo zu klären war, ob sie u.U. den Charakter einer condicio facti, einer wahren Bedingung hätte. Daher wurden Rechtsbedingungen gewöhnlich nur dann in Betracht gezogen, sofern sie ausdrücklich einem Rechtsgeschäft hinzugefügt wurden und zwar, wie Eisele sagt, "in doppelter Richtung: insofern es gilt, diese Bedingungen nur als scheinbare, und folglich die betreffende Willenserklärung als eine unbedingte zu erkennen,und insofern gewisse Willenserklärungen auch durch solche uneigentlichen Bedingungen vitiiert werden."[1)]

Auch die gemeinrechtliche Wissenschaft versuchte zunächst, das Problem der condicio iuris in Anlehnung an den allgemein anerkannten Begriff der eigentlichen und echten Bedingung, d.h. der Abhängigkeit eines Rechtsgeschäfts von einem zukünftigen, ungewissen und willkürlich gesetzten Umstand, abzuleiten. Ausgehend vom Begriff der eigentlichen Bedingung gelangte man zu dem Begriff der 'uneigentlichen' bzw. 'unechten' Bedingung. Zu diesen rechnete man auch die Rechtsbedingung, die dahingehend definiert wurde, daß dies eine Bedingung sei, bei der das Erfordernis der Willkürlichkeit fortfiel, weil "das als Bedingung ausgedrückte ohnehin notwendige Voraussetzung des Rechtsverhältnisses war, so daß die Notwendigkeit nicht erst auf willkürliche Weise hervorgebracht worden ist."[2)] Aus diesem Ergebnis, daß die condicio iuris keine eigentliche Bedingung sei, zog Savigny den Schluß, daß die Rechtsbedingungen "im Allgemeinen bloß überflüssige Wiederholungen desjenigen, was ohnehin gilt, also unschädlich, aber auch unnütz und wirkungslos"[3)] seien.
Erst nachdem Fitting[4)] und Windscheid[5)] sich Mitte des 19. Jahrhunderts

---

1) Eisele in AcP Bd. 50, S.279
2) Savigny: System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 3, § 116, S.122
3) Savigny, a.a.O. S.123
4) Fitting: Über den Begriff der Rückziehung
5) Windscheid: Die Wirkung der erfüllten Bedingung

mit der Bedingungslehre beschäftigt hatten, setzte sich die Lehre mit dem Begriff der uneigentlichen Bedingung und demzufolge auch mit dem der condicio iuris auseinander. Hierbei trafen die gegensätzlichsten Meinungen aufeinander.
Während Adickes[1], Unger[2] und Fitting[3] für eine Gleichsetzung mit den eigentlichen, d.h. rechtsgeschäftlichen Bedingungen waren und die Ansicht vertraten, "daß es sehr bedenklich sein dürfte, die sog. condiciones iuris von dem Begriff der Bedingungen auszuschließen"[4], wiesen Enneccerus[5], Kapler[6] und Eisele[7] eine derartige Gleichstellung entschieden zurück. V. Scheurl[8] hingegen stellte bei der Frage, ob Partei- oder Rechtsbedingung, auf den Einzelfall ab.

Diesem Meinungsstreit der gemeinrechtlichen Wissenschaft hat auch die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches kein Ende gesetzt; denn über die sog. uneigentlichen Bedingungen hat auch das BGB keine besonderen Bestimmungen getroffen. Zwar lautete es in E I § 140 noch:

> " Durch Beifügung einer Bedingung, welche die rechtliche Wirkung von einem Umstand abhängig macht, von welchem dieselbe auch ohne den Willen des Erklärenden abhängig ist, wird an der rechtlichen Bestimmtheit des Verhältnisses nichts geändert".

§ 140 des Entwurfes I wurde jedoch in II. Lesung ersatzlos gestrichen mit der Begründung, die Beifügung einer Rechtsbedingung stelle sich "als

---

1) Adickes: Zur Lehre von der Bedingung nach Römischen und heutigem Recht
2) Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2, S.11 ff
3) Fitting in AcP Bd. 39, S.311
4) Fitting a.a.O. S.314
5) Enneccerus: Über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins, S.125 ff
und: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S.171
6) Kapler: Begriff und Wesen der conditio iuris, S.18 ff
7) Eisele a.a.O. S.295 ff und ebenda Bd. 54, S.109 ff
8) v. Scheurl: Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, S.98 ff

überflüssiger und deshalb bedeutungsloser Zusatz dar"[1].
Das Bürgerliche Gesetzbuch konnte somit nichts zur Klärung des Begriffes und der Rechtsfolgen der condicio iuris beitragen; es war daher Aufgabe von Lehre und Rechtsprechung, den Begriff der Rechtsbedingung näher auszufüllen und zu definieren. Dieser Aufgabe sind Lehre und Rechtsprechung, zumindest teilweise, nicht gerecht geworden.
Bis heute besteht über den Begriff und die Wirkungen der Rechtsbedingung noch erhebliche Unklarheit, und wenn Oertmann seine Abhandlung über die Rechtsbedingung im Jahre 1924 mit dem Satz einleitete, "Die Frage der Rechtsbedingung, condicio iuris, ist von jeher eine der dunkelsten des Privatrechts gewesen" [2], so gilt dies, mit Einschränkung, auch heute noch.

II. Gegenstand

Mit der vorliegenden Arbeit wird diesen Zweifeln um Inhalt, Wirkung und Anwendungsbereich der Rechtsbedingung nachgegangen.
Die Untersuchung soll u.a. aufzeigen, welche rechtliche Bedeutung einem von Rechts wegen bedingtem Geschäft zukommt, welches die Wirkungen des Rechtsgeschäfts bis zum Eintritt der Bedingung sind und welche Rechtsfolgen nach der Entscheidung eintreten.
So soll vor allem geklärt werden, ob und inwieweit die heute noch mittels der Rechtsbedingung erfaßten Sachprobleme durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die eigentliche Bedingung und deren Rechtsfolgen oder anderer Begriffe gelöst werden können.

---

1) Motive zum Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, Bd. 1, AT zu § 140
2) Oertmann: Die Rechtsbedingung (condicio iuris), S.1

Erster Hauptteil

2. Kapitel : Die bisherigen Definitionsversuche in der Literatur

I. Die Lehre von der Rechtsbedingung in der gemeinrechtlichen Wissenschaft

Der Streit über Begriff und Rechtsfolgen der condicio iuris begann bereits, wie vorstehend kurz erörtert, bei der Eingruppierung der Rechtsbedingung in die allgemeine Bedingungslehre. Sieht man von den vereinzelt auftretenden Meinungen, die den Begriff der condicio iuris lediglich als eine juristische Formel ansehen, die nichts wirklich erkläre und daher wertlos sei,[1] ab, so standen sich schon hier zwei erheblich divergierende Meinungen gegenüber. Unger, der sich gegen eine Unterscheidung von eigentlicher und uneigentlicher Bedingung wendet, ordnet die condicio iuris unter den Begriff der eigentlichen und wahren Bedingung ein[2], wobei er sich in Übereinstimmumg mit Fitting[3] weiß, dieser ihm jedoch nicht weit genug geht, als dieser die condicio in praesens vel praeteritum collata doch zu den uneigentlichen Bedingungen rechnen will.

Diese Meinung hat jedoch in der gemeinrechtlichen Lehre keine Zustimmung gefunden, und selbst diejenigen, die grundsätzlich auch gegen eine Unterscheidung von eigentlicher und uneigentlicher Bedingung waren, gestehen bei der Rechtsbedingung eine Ausnahme zu.

Der große Teil der Lehre hielt an der begrifflichen Unterscheidung und gesonderten Behandlung von eigentlicher und uneigentlicher Bedingung fest und war mit Windscheid der Auffassung, daß "diejenige Bedingung keine eigentliche (ist), welche auf einen Umstand gestellt ist, der zum Dasein einer rechtlichen Wirkung erforderlich ist, auch ohne daß er zur Bedingung erhoben wird"[4].

---

1) so z.B. Semeka in Archiv f. Bürgerl. R. Bd. 35, S.155

2) Unger, a.a.O.

3) Fitting in AcP 39, S.314. Fitting will den Begriff der eigentlichen und uneigentlichen Bedingung anders gefaßt wissen: Eigentliche Bedingung sei jede auf die Zukunft gestellte Bedingung, ohne Ausnahme der notwendigen und unmöglichen (und der sog. c.i.) a.a.O. S.359 ff

4) Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, § 87, S.272

Enneccerus[1] begründet diesen Ausschluß mit den unterschiedlichen Wirkungen und den verschiedenen Wesen der condicio iuris und condicio facti. Für ihn bedeutet die condicio iuris "einmal die rechtlichen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts überhaupt, in einem engeren Sinn aber speciell diejenigen, welche, als zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts noch ungewisse und zukünftige, die Pendenz des Rechtsgeschäfts bewirken"[2].

Auch in der Frage nach dem Entstehungsgrund der Rechtswirkung der condicio iuris trafen die Meinungen aufeinander. Zur Klärung wurde von einigen Schriftstellern der Begriff der konstitutiven (rechtsbegründenden) und konfirmatorischen (rechtsbestätigenden) Tatsachen herangezogen. Nach ihnen gehört der gewisse Umstand (die c.i.) wie Kapler[3] es ausdrückt, "nicht selber, sei es auch nur zur Ergänzung, zum konstitutiven Tatbestande, er erzeugt nicht das Recht (oder dessen Endigung oder Veränderung) mit, sondern er bezeugt nur, daß in concreto ein gewisser Tatbestand sie nach dem Willen der Rechtsordnung erzeugt hat".
Der Eintritt der rechtsbestätigenden Tatsache soll hiernach keinerlei Wirkung hervorbringen, sondern lediglich deklarieren, daß die Wirkung bereits in einem früheren Zeitpunkt eingetreten ist.
Andere[4] wiederum lehnen den Begriff der rechtsbestätigenden Tatsache ganz ab und sehen allein den Eintritt des späteren Umstandes als rechtsbegründende Tatsache zur Entstehung der Wirksamkeit an.
Bezeichnend für den gemeinrechtlichen Streit über die Rechtsbedingung war ferner, daß häufig von den verschiedensten Schriftstellern nicht immer derselbe Begriff mit dem Ausdruck 'condicio iuris' verbunden wurde, wie ihre Stellungnahmen bzw. angeführten Beispiele aufzeigen[5].

Angesichts einer derartigen Unklarheit über die Rechtsbedingung und ihre Beziehung zu der eigentlichen Bedingung ist es erklärlich, wenn auch hinsichtlich der rechtlichen Behandlung einer c.i. im konkreten Fall erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestanden. Sieht man von der

---

1) Enneccerus: Suspensivbedingung, § 18, S.130
2) Enneccerus a.a.O. § 17, S.124/125
3) Kapler: Begriff und Wesen der condicio iuris, S.29
vor allem auch Enneccerus, Rechtsgeschäft, S.219; Fitting: Rückziehung, S.119; Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, S.10; Scherbring: Natur und Wirkungen der condicio iuris, S.40
4) so u.a. Pietzker in AcP Bd.74, S.462
5) so z.B. Windscheid, Pandekten, S.239; Savigny, a.a.O. S.122; Scheurl, a.a.O. S.95; Enneccerus, Suspensivbedingung, S.122; Eisele in AcP Bd 54, S.113

Streitfrage, ob eine c.i. auch bei bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften zulässig sei oder nicht, ab[1], so war es vor allem die Frage der Rückziehung und ihr folgend die nach der Gestaltung der Rechtslage bis zum Eintritt der Entscheidung, an der sich der Streit immer wieder entzündete. Hält man sich vor Augen, daß gerade über diese Frage in der gemeinrechtlichen Wissenschaft bei der gewillkürten Bedingung erheblicher Meinungsstreit bestand, so wundert es wenig, daß er bei der Frage der Rückziehung von Rechtsbedingungen nicht minder vorlag.

Während die einen jegliche Rückziehung ablehnten[2], wurde von anderen behauptet, bei Eintritt der c.i. finde stets Rückwirkung statt[3]. Wieder andere vertraten demgegenüber eine Mittelmeinung und waren der Auffassung, daß die c.i. je nach ihrem Inhalt bei demselben Rechtsgeschäft sehr verschiedene Wirkungen ausübten, und mit ihrem Eintritt je nach ihrem Inhalt bald Rückwirkung verbunden sei, bald nicht[4].

Auch wenn man sich grundsätzlich darüber einig war, dem bedingt Berechtigten in der Zwischenzeit bis zum Eintritt des bedingenden Umstandes einen gewissen Schutz zukommen zu lassen, so befand man sich jedoch über die dogmatische Begründung dieses Zustandes wieder im Streit. Während die einen den Schutz des bedingt Berechtigten lediglich aus der rückwirkenden Kraft des Bedingungseintrittes zu erklären versuchten[5], andere von einer objektivrechtlichen Gebundenheit sprachen[6], erklärte der wohl überwiegende Teil der gemeinrechtlichen Wissenschaft die Rechtslage in der Zwischenzeit und seine Wirkungen mit der sog. Pendenztheorie[7].

---

1) Hier wurde teilweise aus dem römischen Rechtssatz 'expressa nocent, non expressa non nocent' der Schluß gezogen, daß bei denjenigen Rechtsgeschäften, bei denen keine eigentliche Bedingung statthaft sei, auch keine Rechtsbedingung zulässig sei. Die hM trat jedoch für eine Zulässigkeit ein.

2) u.a. Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, S.120; Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, S.164

3) u.a. v.Scheurl a.a.O. S.124 ff; Eisele in AcP Bd. 54, S.109 ff (allerdings mit zwei Ausnahmen)

4) Enneccerus, Suspensivbedingung, S.128/129; Fitting in AcP Bd. 39, S.313 ff

5) so z.B. v.Scheurl a.a.O. S.126, 145 ff

6) Windscheid, Pandekten § 89, S.279 ff ; Ihering in Iher. Jb. Bd. 10, S.395

7) u.a. Enneccerus, Rechtsgeschäft, S.219 ff, 335 ff; Fitting, Rückziehung, S.119; Kapier a.a.O. S.29 ff, 52 ff; Karlowa a.a.O. S.10; Wendt: Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, S.22

Dieser hier nicht weiter auszuführende Überblick sollte deutlich machen, wie gegensätzlich die in der gemeinrechtlichen Lehre vertretenen Meinungen waren; sicherlich hätten es nicht wenige für begrüßenswert erachtet, wenn der Gesetzgeber, wie ursprünglich in § 140 E I vorgesehen, eine Regelung über die Frage der Rechtsbedingung getroffen hätte, um der bestehenden Unsicherheit ein Ende zu setzen.

II. Die Lehre von der Rechtsbedingung nach Kodifizierung des Bürgerlichen Gesetzbuches

1. Wenn auch das BGB über die Rechtsbedingung keine besondere Vorschrift eingeführt hat, so läßt sich doch aus den Motiven des Entwurfes I zu § 140 entnehmen, was die Kommission unter einer Rechtsbedingung verstanden wissen wollte und aus welchen Gründen sie eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung hierüber für entbehrlich hielt.

Rechtsbedingung im engeren Sinne sollte eine Bedingung sein, "welche zwar auf einen zukünftigen und ungewissen, aber nicht auf einen willkürlich gewählten, sondern auf einen solchen Umstand gestellt ist, von welchem die Verwirklichung des Willens mit rechtlicher Notwendigkeit abhängt".
Der Rechtsbedingung im engeren Sinne wurde die Rechtsbedingung im weiteren Sinne gegenübergestellt, die als eine Bedingung, "welche auf ein der Gegenwart angehöriges, ein gesetzliches Erfordernis des Rechtsgeschäfts bildenden Umstandes gestellt ist", ausgedrückt wurde.
Die mit einer Rechtsbedingung notwendig zusammenhängenden Fragen wurden lediglich dahingehend tangiert, als man feststellte, daß durch die Setzung einer Rechtsbedingung an der Bestimmtheit des rechtlichen Verhältnisses grundsätzlich nichts geändert werde und sie hierdurch auch nicht zu einer rechtsgeschäftlichen oder gewillkürten Bedingung werde. Daher sei ihre Beifügung auch bei den Rechtsgeschäften nicht ausgeschlossen, die normalerweise die Beifügung einer wahren Bedingung nicht vertrügen.

Es wundert wenig, daß angesichts einer fehlenden gesetzlichen Regelung die Meinungsverschiedenheit über Begriff und Rechtsfolgen der Rechtsbedingung nach Kodifizierung des BGB weiter fortbestanden und Bern-

dorff[1] die ganze Problematik der c.i. mit den Worten wieder aufwirft: "Die stillschweigende Bedingung ist deshalb überhaupt ein im Allgemeinen juristisch wenig brauchbarer Begriff."

2. Siber[2] befaßt sich mit der Frage der Rechtsbedingung in kurzer und prägnanter Weise im Rahmen der Untersuchung von Buchrechtsgeschäften. Nach ihm ist die Brauchbarkeit des Begriffes zweifelhaft und zumindest müsse er eine Einengung erfahren. So stellt er sich gegen die hM, wenn er sagt[3], in den Fällen, wo ein Rechtsgeschäft der Zustimmung eines Dritten bedarf und diese auf Gesetz beruhe, liege eine c.i. nicht vor. Nach ihm ist die Zustimmung kein Rechtsgeschäft, und es ist folgerichtig, wenn er die Zustimmung lediglich als einen Rechtsgeschäftsbestandteil bezeichnet.

Die Meinung von Siber hat in der Folgezeit erheblichen Widerspruch erfahren. Vor allem Oertmann[4] wendet sich gegen diese Auffassung von Siber. Ihm steht das Verdienst zu, sich als erster umfassend mit der Frage der Rechtsbedingung befaßt zu haben und hierbei teilweise neue Wege zur begrifflichen Klärung der Rechtsbedingung und ihren Folgen gegangen zu sein.

3. Oertmann geht zunächst von der Möglichkeit der sukzessiven Entstehung der Rechtsverhältnisse aus, d.h., daß zum Eintritt der Vollwirksamkeit bei Vorhandensein der sonstigen Erfordernisse noch eine Tatsache fehlt, die jedoch nachgeholt werden kann[5]. Von jenen "Schlußtatsachen"[6] sondert er solche Entstehungserfordernisse des Rechtserfolges aus, die dem geschäftlichen Tatbestand überhaupt nicht angehören. Diese Entstehungserfordernisse bezeichnet er - im Gegensatz zu den Tatbestandsmomenten - als Wirksamkeitsvoraussetzungen oder Wirksamkeitserfordernisse[7]. Als Abgrenzungskriterium zwischen eigentlichem Tatbestand und Wirk-

---

1) Berndorff: Die Gattungsschuld, S.35 B. hält die Rechtsbedingung, die er - wie es häufig fälschlicherweise geschieht - als condicio tacita bezeichnet, für völlig wertlos und verkennt ihren Anwendungsbereich, wenn er behauptet, jedes Rechtsgeschäft sei unter der condicio tacita abgeschlossen, daß die Leistungen, zu denen die Parteien sich verpflichtet haben, nicht unmöglich werden.

2) Siber: Das Buchrechtsgeschäft, § 16, S.122 ff

3) Siber a.a.O. S.133 ff

4) Oertmann: Die Rechtsbedingung (condicio iuris), S.31 ff

5) Oertmann a.a.O. S.6

6) Oertmann a.a.O. S.8

7) Oertmann a.a.O. S.14, 21

samkeitsvoraussetzung bedient sich Oertmann, wie schon andere vor ihm, der Hilfe der sog. konstitutiven und konfirmatorischen Tatsachen.
Als konfirmatorische Tatsachen bezeichnet er gewisse, neben den eigentlichen zum Tatbestand im engeren Sinne gehörige Entstehungstatsachen, andere Tatsachen, die nicht eigentlich konstitutiv sind, die aber gleichfalls vorhanden sein müssen, um die Rechtswirkung eintreten zu lassen. Von den konfirmatorischen Tatsachen will er jedoch solche Wirksamkeitsvoraussetzungen ausgeschlossen wissen, die bereits von Anfang an da sind, wie z.B. die Geschäftsfähigkeit der Parteien, Existenz des Verfügungsgegenstandes etc. Diese Voraussetzungen, die nicht zum eigentlichen Tatbestand gehören, ihr Fehlen diesen also nicht unvollständig macht, jedoch den Eintritt seiner Wirkung hindert, können nach Oertmann auf Parteiwillen (dann condicio facti) oder auf Gesetz (dann condicio iuris) beruhen. Sie bestehen teils in Zuständen (so in der Regel bei der Rechtsbedingung) teils in Geschehnissen (so in der Regel bei der gewöhnlichen Bedingung)[1].
Ausgehend von dem allgemeinen Begriff der Wirksamkeitsvoraussetzung kommt Oertmann unter Ausscheidung der bereits bei Geschäftsschluß vorhandenen Voraussetzungen zu dem Begriff der Rechtsbedingung. Diese will er als eine nachholbare, aber bei Geschäftsabschluß selbst noch ausstehende Wirksamkeitsvoraussetzung i. S. einer von der Rechtsordnung gesetzten Bedingung verstanden wissen[2]. Er rechnet zu den Rechtsbedingungen alle solchen nachträglichen Geschehnisse, die für den Wirkungseintritt keine andere Bedeutung haben, als daß sie einen als Wirksamkeitserfordernis dienenden Zustand herstellen[3].
Nach ihm hat die Wirksamkeitsvoraussetzung keine eigenständige, produktive Kraft innerhalb des Tatbestandes. Sie entscheidet lediglich über das "Ob", nicht über das "Was" der Rechtsfolge[4]. Oertmann ist sich hierbei der Schwierigkeiten einer Abgrenzung von Tatbestandsstück und Wirksam-

---

1) Oertmann a.a.O. S.22
2) Oertmann a.a.O. S.28
3) Oertmann a.a.O. S.31
4) Oertmann a.a.O. S.18

keitsvoraussetzungen andererseits erkennen lassen.

Für ein gutes Kennzeichen, ob eine Rechtsbedingung oder ein Tatbestandsstück vorliegt, hält er das Fehlen oder das Vorhandensein der rückwirkenden Kraft[1]. Wo nach Eintritt des künftigen Umstandes die Wirkung auf den Augenblick des Geschäftsabschlusses zurückgezogen wird, kann es sich nach Oertmann nicht um ein echtes Tatbestandsstück handeln, sondern die Vermutung spreche dann für eine c.i.. Er will jedoch nicht dahingehend mißverstanden werden, daß einer Rechtsbedingung notwendigerweise rückwirkende Kraft zukommt oder das Wesen der Rechtsbedingung allein aus der Rückwirkung zu bestimmen ist.

Letztlich stellt er den Grundsatz auf[2], daß da, "wo der Eintritt der Rechtsfolgen neben den schon vorliegenden Tatbestandsstücken noch von einem weiteren Geschehen abhängt, für Unvollständigkeit des Tatbestandes und gegen das Ausstehen einer bloßen Rechtsbedingung zu vermuten sei", wobei er jedoch die Fälle ausnimmt, wo das Geschehen seinerseits allein die Bedeutung hat, ein fehlendes zuständliches Wirksamkeitserfordernis herzustellen. So erklärt es sich auch, daß er sich bei der Frage der Zustimmung gegen die von Siber vertretene Auffassung eines Rechtsgeschäftsbestandteiles wendet und die Zustimmung, nach ihm ein Hauptanwendungsfall der c.i., als ein abhängiges Rechtsgeschäft, d.h. ein Rechtsgeschäft, daß darauf abzielt, für ein anderes, abgeschlossenes oder abzuschließendes Geschäft eine übrigens fehlende Wirksamkeitsvoraussetzung zu schaffen, ansieht[3].

4. Dieser Lehre von der Rechtsbedingung als einer Wirksamkeitsvoraussetzung hat sich die hL[4], besonders für den Fall der Genehmigung, aber auch darüber hinaus, angeschlossen. Man ist sich einig, daß "keine Bedingung i.S. des rechtsgeschäftlichen Bedingungsbegriffes die von Rechts wegen notwendigen Voraussetzungen der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, die

---

1) Oertmann a.a.O. S.55
2) Oertmann a.a.O. S.55
3) Oertmann a.a.O. S.33
4) u.a. Soergel-Siebert-Knopp, Vorbem. zu § 158, Anm. 7, 2a;
Staudinger-Coing, Allgem. Teil, Vorbem. zu § 158, Anm. 13;
Flume, Das Rechtsgeschäft § 38 Ic; Erman-Groepper, Vorbem. zu § 275, Anm. 20;
Palandt, Anm. 9a zu § 275; Larenz, Allgem. Teil d. BGB, § 25 I., S.424;
Lehmann-Hübner, Allgem. Teil des BGB, § 35 A I1, S.278;

sog. Rechtsbedingungen", sind[1].
Nach Nipperdey[2] stellt sich die Rechtsbedingung als ein "zukünftiger, ungewisser Umstand dar, von dessen Eintritt die Wirksamkeit des Geschäftes nach seiner Natur, seinem Gegenstande oder besonderer Rechtsvorschrift abhängt. Sie ist also nicht ein Teil des Tatbestandes des Rechtsgeschäfts, sondern eine Bedingung der Wirksamkeit des Tatbestandes".
Die noch in der gemeinrechtlichen Wissenschaft von nicht wenigen Schriftstellern vertretene Auffassung von der konstitutiven bzw. rein deklaratorischen Bedeutung der Rechtsbedingung ist somit seit der Lehre von Oertmann gänzlich aufgegeben worden.

Wenn auch über den Begriff der Rechtsbedingung in der hL Einigkeit bestehen mag, so kann dies auf keinen Fall, wie der weitere Verlauf der Untersuchung zeigen wird, für die Ausgestaltung eines unter einer c.i. stehenden Geschäftes und seiner Rechtsfolgen gelten.

---

1) Flume a.a.O.
2) Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch, Allgem. Teil § 194 II2a, S.1186/87

Zweiter Hauptteil

3. Kapitel: Begriff und Wesen der Rechtsbedingung in der Rechtsprechung

I. Die Hauptanwendungsfälle der condicio iuris

1. Untersucht man die in der Rechtsprechung zur Rechtsbedingung entschiedenen Fälle, so läßt sich bald feststellen, daß eine große Zahl der Entscheidungen den Problemkreis der zu einem Rechtsgeschäft erforderlichen Genehmigung oder sonstigen Erklärung einer behördlichen Stelle betrifft. Das Erfordernis einer behördlichen Genehmigung hat sich in den vergangenen Jahrzehnten immer stärker durchgesetzt, und die Verwaltung bedient sich ihrer in einer Vielzahl von Fällen, vor allem im Bodenrecht, Preis- und Devisenrecht, Gewerberecht und letztlich auch im Bürgerlichen Recht. Die Genehmigungsbedürftigkeit hängt dabei mit der weitreichenden Übernahme der sozialen Fürsorge durch den Staat zusammen. Die Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts werden durch die Überlagerung mit öffentlich-rechtlichen Genehmigungserfordernissen beträchtlich eingeschränkt. Die behördliche Genehmigung von Rechtsgeschäften kann sowohl bereits für das Verpflichtungsgeschäft und darüber hinaus auch noch für das Erfüllungsgeschäft als auch - im seltenen Fall - allein für das Erfüllungsgeschäft erforderlich sein. Je nachdem, zu welchem Rechtsgeschäft die Genehmigung erforderlich ist, sind die Rechtsfolgen sehr verschiedene.

Zunächst soll versucht werden, aufzuzeigen, wie und anhand welcher konkreter Fälle die Rechtsprechung zu dem Begriff der Rechtsbedingung und ihrer Rechtsfolgen gelangt ist und welche Sachprobleme mittels der Rechtsbedingung gelöst wurden.

Eine frühe Entscheidung aus dem Jahre 1897 findet sich in RGZ 40, Seite 235 ff., in der der Senat sich mit der Rechtsnatur einer behördlichen Genehmigung auseinanderzusetzen hatte. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

> Ein Gemeindekirchenrat hatte von einem Gemeindemitglied durch notariellen Kaufvertrag ein Haus erworben. Bei Erwerb von Grundeigentum bedurfte ein solcher Vertrag sowohl der Zustimmung der Gemeindevertretung als auch der Genehmigung der kirchlichen und staatlichen Aufsichtsbehörde, die im vorliegendem Fall auch erteilt worden waren. Die Vertragspart-

nerin des Kirchenrates verweigerte ihre Auflassungserklärung mit der Begründung, sie habe vor den erforderlichen Genehmigungen ihren Rücktritt wirksam ausgeübt.

Zu entscheiden war somit über den Rechtszustand vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an bis zum Zeitpunkt in welchem die erforderlichen Genehmigungen erteilt worden waren.
Ohne den weiteren Verlauf der Untersuchung vorwegnehmen zu wollen, sei kurz darauf hingewiesen, daß das RG die Möglichkeit verneinte, sich während dieses Zeitraumes einseitig vom Vertrag zu lösen. Der Senat vertrat den Standpunkt, daß "das Erfordernis der Zustimmung der Kirchenvertretung und der Genehmigung der kirchlichen und weltlichen Aufsichtsbehörde lediglich eine Bedingung für das Inkrafttreten des Vertrages bildet".
Das RG hat in der vorliegenden Entscheidung den Begriff "Rechtsbedingung" nicht ausdrücklich verwendet, und man könnte u.U. Zweifel hegen, ob es sich hier um einen echten Fall einer Rechtsbedingung handelt, zumal in § 1 des zwischen den Parteien vereinbarten Vertrages ausdrücklich erklärt worden war, daß der Vertrag erst durch die Genehmigung seine Rechtsbeständigkeit erlange. Diese Zweifel werden dann aber durch den Schlußsatz des Urteil zerstreut, der zur besseren Verdeutlichung hervorhebt, daß "durch diese besondere Bestimmung im Vertrage eine andere rechtliche Bedeutung als die, was bereits ohne diese Bestimmung Rechtens sei, nicht anerkannt werden könne".
Ohne an dieser Stelle auf die in dieser Entscheidung gezogenen Rechtsfolgen näher einzugehen, zeigt das Beispiel, daß bereits vor Kodifizierung des Bürgerlichen Gesetzbuches von der Rechtsprechung die besondere Bedeutung einer behördlichen Erklärung als Rechtsbedingung erkannt wurde, und, wenn auch noch nicht in klarer und prägnanter Form, Definitionsversuche unternommen wurden.

Zieht man andere, ab 1900 entschiedene Fälle, heran, so sieht man, daß sich die Rechtsprechung z.T. an die in den Motiven zum Ausdruck gekommene Definition hielt, und das Wesen der Rechtsbedingung darin erblickte, "daß die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung mit rechtlicher Notwendigkeit von einem künftigen, ungewissen Umstand abhänge[1])"

---

1) KG in OLGRspr. Bd. 2 S. 1

oder daß Rechtsbedingung die"notwendige gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts sei"[1]. Diese Erklärung der Rechtsbedingung als Wirksamkeitsvoraussetzung hatte sich in der Rechtsprechung so festgesetzt, daß häufig keine Definitionen mehr gegeben wurden, sondern lediglich von Fall zu Fall festgestellt wurde, daß es sich um eine Rechtsbedingung handele und man sich dann direkt der schwierigeren Frage ihrer Rechtsfolge zuwandte.

Wenn in einzelnen Fällen auch noch Zweifel auftauchten, ob die Erteilung der Genehmigung (im zu entscheidenden Fall einer Erwerbsgenehmigung)[2] als eine der rechtsgeschäftlichen Bedingung ähnliche Bedingung anzusehen sei, das Reichsgericht es aber im konkreten Fall dahingestellt bleiben lassen konnte, so ist die behördliche Genehmigung in ihrer Eigenschaft als Rechtsbedingung ständige Rechtsprechung geworden[3].

Ein weiterer, häufig entschiedener Fall, behandelt die Frage der Rechtsbedingung im Rahmen der Zulässigkeit einer Bedingung bei einem bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäft. Anknüpfungspunkt war hier fast immer die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung gemäß § 925 Abs. 2 BGB.

Das KG hatte sich bereits kurz nach der Jahrhundertwende mehrfach mit dem Problem auseinanderzusetzen, ob die von einem Nichtberechtigten erteilte Auflassung durch Genehmigung des eingetragenen Eigentümers wirksam werden könne oder ob dies gegen das Bedingungsverbot des § 925 Abs. 2 verstoße. Nachdem das Kammergericht zunächst grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 185 BGB auf den Grundbuchverkehr bejaht hatte, stellte es klar, daß, obwohl gem. § 185 BGB die Wirksamkeit der von einem Nichtberechtigten erklärten Auflassung von der Genehmigung des Berechtigten abhinge, die Auflassung nicht bedingt sei. Es stand auf dem Standpunkt, daß die Genehmigung "kein durch Rechtsgeschäft gesetzter Umstand (sei), von dem die Parteien die Wirksamkeit des Aktes abhängig gemacht haben (§ 158 BGB); sie ist vielmehr ein gesetzliches Erfordernis für den nachträglichen Eintritt der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, also eine sog. Rechtsbedingung (uneigentliche Bedingung), welche als Bedingung im gesetzlichen Sinne anerkannt werden kann"[4]. Dieser Auffassung hat

---

1) RG in JW 1926, S.2619 Nr. 2

2) z.B. RGZ 123, 331

3) RGZ 75, 409; 76, 385; 98, 48; RG in JW 1912, 188 Nr. 3; RG daselbst 1926, 657 Nr. 5; RGZ 129, 376; OLG Celle in DNotZ 1957, 661;

4) KGJ 23, A 138; ebenso KGJ 36, A 194 ff

sich die weitere Rechtsprechung angeschlossen[1], wobei es gerade bei der Auflassung in diesem Zusammenhang weiterhin zu klären galt, ob auch die durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erklärte Auflassung auf Grund der Genehmigung des Vertretenen gem. §§ 177, 182 BGB wirksam werden könne.

Das Kammergericht[2] hat aus dem Grundsatz der Zulässigkeit der Vertretung bei Auflassungserklärungen den Schluß gezogen, daß auch eine Auflassung durch den Vertreter ohne Vertretungsmacht zulässig sei und nicht gegen § 925 Abs. 2 BGB verstoße. Auch vertrat es die Meinung, daß die Genehmigung nach § 177 BGB die Auflassung nicht i.S. des § 925 Abs. 2 BGB bedinge, da es sich hierbei lediglich um eine Rechtsbedingung handele. Eine andere Beurteilung sei nur dann gerechtfertigt, wenn die Auflassenden die Wirksamkeit ihrer Verfügung rechtsgeschäftlich von der späteren Genehmigung des Berechtigten abhängig machen. Dies stelle sich dann als ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung i.S. des § 158 BGB dar, so daß die Auflassung nach § 925 Abs. 2 BGB unwirksam sei und auch durch den Eintritt der Bedingung nicht wirksam werden könne[3].

2. Sieht man von den sehr zahlreichen Entscheidungen bezüglich der Genehmigung, sei es der behördlichen, des Vertretenen oder des Berechtigten ab, so begegnet die Rechtsbedingung nur noch in einigen Einzelentscheidungen, die darum jedoch nicht minder interessant sind.

Einen Fall, an dem die Problematik von rechtsgeschäftlicher Bedingung einerseits und Rechtsbedingung andererseits erkennbar wird, hatte das OLG Colmar im Mai 1913 zu entscheiden. In jenem Fall[4] war beantragt worden, eine Aktiengesellschaft als Eigentümerin der laut Gesellschaftsvertrag eingebrachten Grundstücke einzutragen. Die Vorinstanzen hatten die beantragte Eintragung abgelehnt, weil die Auflassung auf "die soeben gegründete Gesellschaft" lautete, diese aber erst durch ihre nach der Auflassung erfolgten Eintragung im Handelsregister entstanden war. Das OLG

---

1) z.B. KG in JW 1937, 3230 Nr. 24
2) KG in OLGRspr. Bd. 2, S. 324
3) KGJ 36, A 198
4) OLG Colmar in OLGRspr. Bd. 6, 486 ff

entschied, daß an eine neu gegründete AG Grundbesitz bereits schon vor ihrer Entstehung aufgelassen werden könne.Die Unwirksamkeit könne nicht daraus hergeleitet werden, daß die Auflassung bedingt erfolgt sei durch die zukünftige Entstehung der AG. Das Gericht fährt wörtlich fort[1]: Die Auflassung "lautet tatsächlich unbedingt an die 'soeben gegründete' Gesellschaft. Darin, daß ihre Wirksamkeit von der Entstehung der Gesellschaft abhängt, die erst in Zukunft eintreten soll und möglicherweise unterbleiben kann, kann eine Bedingung i.S. des BGB nicht gefunden werden. Es liegt vielmehr darin eine Rechtsbedingung (c.i.), d.h. eine gesetzliche Voraussetzung der gewollten Eigentumsübertragung, welche die Unwirksamkeit der Auflassung nicht nach sich zieht".

Es verwundert, daß dasselbe OLG drei Jahre später genau den entgegengesetzten Standpunkt vertritt[2]. Hier handelte es sich zwar nicht um eine noch nicht eingetragene AG, jedoch war die Problematik dieselbe. In dem neuerlich zu entscheidenden Fall hatten Brautleute vor Eingehung der Ehe einen Ehevertrag errichtet, wonach sie sich einig waren, daß das Eigentum der Grundstücke des Bräutigams auf die unter den künftigen Ehegatten vereinbarte Errungenschaftsgemeinschaft übergehe. Das OLG hat hierin eine rechtsgeschäftlich bedingte und daher nach § 925 Abs. 2 BGB unwirksame Auflassung gesehen. Bedingt war die Auflassung nach Meinung des Gerichts durch das Zustandekommen der Ehe, weil vor der Ehe keine Gütergemeinschaft bestehe. Obwohl das OLG die Möglichkeit einer Übertragung von Grundstücken unter Brautleuten vor der Ehe grundsätzlich anerkannte, stand es auf dem Standpunkt, daß es sich im vorliegenden Fall um einen "von ihrem Willen bedingten Eintritt der Rechtsänderung" handele, also eine rechtsgeschäftliche Bedingung gem. §§ 158 ff BGB sei.

Zu Recht stellt sich der Bundesgerichtshof in einem ähnlichen Fall[3], in dem Brautleute vor ihrer Ehe den Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft vereinbart hatten, jedoch den eingebrachten Grundbesitz unter gleichzeitiger Auflassung für Gesamtgut erklärt hatten, gegen die letztere Entscheidung des OLG Colmar. Nach Auffassung des Senats sind die Auflassungserklärungen unbedingt abgegeben worden, lediglich mit der Besonderheit, daß das Eigentum an dem Grundbesitz erst nach Entstehung

---

1) OLG Colmar a.a.O. S.487
2) OLG Colmar in Recht 1907, Nr. 46
3) BGH LM § 1477, Nr. 1

der Errungenschaftsgemeinschaft auf diese übergehen sollte. Das Existentwerden der Errungenschaftsgemeinschaft sei nur ein Umstand gewesen, "von dessen Eintritt es abhing, ob die Auflassungserklärung wirksam werden konnte. Für den Eigentumsübergang gem. § 873 BGB genügte es daher, daß die Errungenschaftsgemeinschaft im Zeitpunkt der Eintragung bestand und die Auflassungserklärung inzwischen wirksam geworden war".

Wegen ihrer Aktualität, vor allem in den letzten Jahren, sollen die mit einer Kirchenaustrittserklärung verbundenen Probleme nicht unerwähnt bleiben. Der Kirchenaustritt ist eine einseitige, rechtsgestaltende Willenserklärung und darf daher nicht an Beschränkungen, Vorbehalte und Bedingungen geknüpft sein, wenn er nicht unwirksam sein soll. Die vor der Geschäftsstelle des Amtsgerichts protokollierte Austrittserklärung mit dem Zusatz "die Erklärung solle sich nicht auf die Zugehörigkeit des Erklärenden zur römisch-katholischen Glaubensgemeinschaft, der er weiter angehören wolle, beziehen", spiegelt nach dem Beschluß des OLG Oldenburg[1] vom Januar 1970 lediglich einen tatsächlichen Rechtszustand wider, der die Wirkungen der rechtsgeschäftlichen Erklärung nicht von einem objektiv und subjektiv ungewissen Ereignis abhängig macht und daher unschädlich ist. Dasselbe gilt für den Zusatz, den Austritt nur unter der Bedingung erklären zu wollen, daß der Erklärende in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz und der Landesverfassung ohne sein Zutun die Zwangsmitgliedschaft einer bestimmten Diozöse in ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher Körperschaft erworben hat[2].

So wie die mit einer Rechtsbedingung verbundenen zivilrechtlichen Probleme Anlaß zu höchstrichterlichen Entscheidungen gaben, wobei nicht übersehen werden darf, daß gerade die mit einer behördlichen Genehmigung zusammenhängenden Fragen weder allein das Bürgerliche Recht noch allein das Öffentliche Recht betreffen, sondern diese, wie Lange[3] zu Recht bemerkt, "auf der Grenzscheide liegen und ihre Auswirkungen nach beiden Seiten haben", ist die Frage der Rechtsbedingung auch im Prozeßrecht des öfteren aufgetaucht. Rechtsprechung[4] und Literatur[5] versuchen seit Mot. Bd. II S.108 die im Prozeß erklärte Aufrechnung trotz des Verbotes der bebedingten Aufrechnung in § 388 Abs. 2 BGB für zulässig zu halten, wobei

---

1) OLG Oldenburg in NJW 1970, 713 (714)
2) OLG Frankfurt in NJW 1970, 1646
3) O. Lange in AcP Bd. 152, S.242
4) RGZ 57, 101; 97, 273
5) vgl. Palandt, § 388 Anm. 3; gegen RB: Rosenberg, ZPO, § 106 II 2b

zur Begründung erklärt wird, die Aufrechnung erfolge unter der Rechtsbedingung, daß die Klageforderung besteht.

Fast gänzlich unbestritten[1] ist ebenfalls, daß der Kostenerstattungsanspruch im Prozeß bereits mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit als ein durch den Erlaß eines die Gegenpartei in die Kosten verurteilenden Urteils aufschiebend bedingt ist. Gefestigte Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist weiterhin das Vorliegen einer condicio iuris beim Zwischenurteil über eine Einrede (§ 275 ZPO) und beim Zwischenurteil über den Grund (304 ZPO). So wie bei § 275 ZPO das zur Hauptsache ergehende Endurteil auflösend bedingt ist durch die Aufhebung des Zwischenurteils und dessen Aufhebung in höherer Instanz sofort entfällt[2], verliert bei § 304 ZPO im Falle des Erfolges eines eingelegten Rechtsmittels das Betragsurteil, da es auflösend bedingt ist, auch wenn es rechtskräftig geworden ist, jegliche Bedeutung[3].

Im Rahmen der Vorpfändung nach § 845 ZPO war in der Rechtsprechung seit jeher unbestritten, daß es sich bei der Pfändungsbenachrichtigung nicht lediglich um eine bedeutungslose Benachrichtigung handele. Man war sich einig, daß das Pfändungspfandrecht bereits durch die Vorpfändung begründet sei, falls die Pfändung innerhalb der gesetzlichen Frist vorgenommen werde. Die anfänglich vertretene Auffassung, die Pfandrechtsbegründung sei bedingt[4] (auflösend oder aufschiebend), wie sie noch heute in der Literatur stark vertreten wird[5], hat das Reichsgericht später dahingestellt bleiben lassen und lediglich eine wirksame gerichtliche Pfändung gefordert[6].

Die angeführten Entscheidungen haben gezeigt, daß die Rechtsprechung, nach anfänglichen Unsicherheiten, zu einem gefestigten Begriff der Rechtsbedingung gelangt ist, der sich im Grunde insofern nicht von dem in der Lehre herausgearbeiteten unterscheidet, als nämlich beide die Rechtsbedingung als ein gesetzliches Erfordernis zum Eintritt der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts verstanden wissen wollen.

---

1) vgl. RGZ 62, 189; 145, 15;
2) Thomas-Putzo, ZPO, § 275 Anm. 3;
Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 275 Anm. 3; RGZ 77, 95 (96)
3) Baumbach-Lauterbach, a.a.O., § 304 Anm. 5B; OLG Colmar in OLGRspr Bd. 7, 303
4) z.B. RGZ 17, 331; 26, 427
5) u.a. Stein-Jonas, ZPO, § 845 Anm. 2 m.w.N.;
Baumbach-Lauterbach, a.a.O. § 845 Anm. 3
6) RGZ 151, 267

II. Wirkungen der Rechtsbedingung

1. vor der Entscheidung

a. Wenn auch bei der Suche nach dem Begriff und Inhalt der Rechtsbedingung Rechtsprechung und Literatur in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch eine Stütze fanden, so sah man sich bezüglich der Rechtsfolgen von diesen enttäuscht. Für die Rechtsprechung galt es daher, notwendigerweise anhand von Einzelfällen, die zur Entscheidung anstanden, die Rechtsfolgen der Rechtsbedingung konkret auf den jeweils vorliegenden Sachverhalt abgestellt zu entwickeln. Im Vordergrund stand hierbei, wie sich aus der vorhergehenden Untersuchung von Einzelentscheidungen ergibt, die Frage der Genehmigung von Rechtsgeschäften und in diesem Rahmen vor allem die notwendige Genehmigung einer Behörde zu einem Rechtsgeschäft[1].

Der nachfolgende Teil der Untersuchung soll sich daher zunächst mit den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen, welcher Art die Wirkungen und Rechtsfolgen eines unter der Rechtsbedingung der behördlichen Genehmigung stehenden Rechtsgeschäfts sind, beschäftigen. Dabei sollen die unverhältnismäßig häufigeren Fälle der notwendigen Genehmigung zu einem Verpflichtungsgeschäft (im Gegensatz zu der Genehmigung zu einem Verfügungsgeschäft) im Vordergrund stehen.
Ein kurzer Streifzug ins allgemeine Verwaltungsrecht ist notwendig, um die Rechtsnatur der behördlichen Genehmigung zu erkennen. Die behördliche Genehmigung stellt einen begünstigenden, d.h. die Lage des Adressaten verbessernden Verwaltungsakt dar[2]. Da die Genehmigung nur auf

---

1) Wenn im weiteren Verlauf die Bezeichnung 'Genehmigung' verwendet wird, so darf dies nicht i.S. von § 184 BGB verstanden werden. Unter 'Genehmigung' sollen - wie es in diesem Zusammenhang üblicherweise geschieht - auch die vom Gesetz bezeichneten Ausdrücke wie 'Einvernehmen', 'Einwilligung' und 'Zustimmung' verstanden werden.

2) OLG Kassel in RdL 1950, 166

Antrag erteilt wird, ist sie ein mitwirkungsbedürftiger VA, dessen Bestand an das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft geknüpft ist, und daher als ein unselbständiger (akzessorischer) VA bezeichnet wird[1]. Da grundsätzlich durch die behördliche Genehmigung festgestellt wird, daß der privaten Gestaltung der Rechtslage unter dem Gesichtspunkt des öffentlich-rechtlichen Interesses nichts entgegensteht und dem Adressat die Gestaltung unbenommen bleibt, spricht man von einem privatrechtsgestaltenden VA[2].

Bedarf ein Rechtsgeschäft zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung einer Behörde (oder eines Dritten), so ist es nicht nichtig, sondern es besteht, wenn auch nicht in voller Wirksamkeit, zu der es eben noch der fehlenden Genehmigung bedarf. Üblicherweise wird dieser Zustand als 'schwebende Unwirksamkeit' bezeichnet[3].

Während dieser Schwebezeit befindet sich das Rechtsgeschäft in einem unfertigen Zustand, der dem der schwebenden Vertragsverhandlungen ähnlich ist[4], wobei der Unterschied jedoch darin liegt, daß bei der behördlichen Genehmigung der Tatbestand der eigentlichen Willenseinigung im im Gegensatz zu dem bei schwebenden Verhandlungen bereits abgeschlossen ist.

Damit wird deutlich gemacht, daß bei dem Rechtsgeschäft, dessen Tatbestand nach Inhalt und Form vorliegt, erst ein zukünftiges, ungewisses Ereignis (die Genehmigung) darüber entscheidet, ob das Rechtsgeschäft die von den Vertragsparteien beabsichtigten Rechtswirkungen hat. Im Hinblick auf die gewollten Rechtswirkungen, die vorerst nicht eintreten, besteht daher eine Ungewißheit, das Geschäft ist in der 'Schwebe'. Trotz dieses Schwebezustandes entbehrt das Geschäft jedoch nicht jeder Rechtswirkung. Während dieses Zustandes der Pendenz bestehen bereits - abgesehen von den gewollten Rechtswirkungen - Rechtsbeziehungen, die bis zur endgültigen Entscheidung über das Rechtsgeschäft andauern. Sicherlich ist es vertretbar, mit gleicher Befugnis von einer "schwebenden Wirksamkeit"[5] zu sprechen, wobei dann das Schwergewicht auf dem vorläufigen Vorhandensein von Rechtsbeziehungen während des Schwebezustandes läge.

---

1) OVG Münster in NJW 1959, 1700
2) Forsthoff, Verw. R., § 13d; Janicki in NJW 1963, 838; Münzel in NJW 1959, 1657
3) st. Rspr. RGZ 40, 237; 75, 409; 88, 339; 98, 48; 123, 329;154, 308; BGHZ 14, 311
4) O. Lange in AcP Bd. 152, S. 241 ff (260)
5) H. Lange in Festschrift f. Walter-Schmidt-Rimpler, S.141

Für den Fall einer behördlichen Genehmigung bei Grunderwerbsgeschäften hat das Reichsgericht festgestellt, daß in dem Zeitraum bis zur Genehmigung für eine Anwendbarkeit der §§ 307-309 BGB kein Raum wäre, da der Vertrag nicht nichtig sei und nicht auf eine unmögliche Leistung (§ 306 BGB) gerichtet sei [1].

Weitere Folge der fehlenden Vollwirksamkeit ist nach RGZ 98,246, daß während des Schwebezustandes noch nicht auf Erfüllung (hier: Auflassung) geklagt werden kann. Notwendige Konsequenz eines nicht bestehenden Erfüllungsanspruches ist, daß für ein Eingreifen der Verzugsregeln kein Raum ist und eine Anwendbarkeit des § 326 BGB ausscheidet [2].

b. Der Schwebezustand äußert jedoch auch positive Wirkungen. Er bindet die Vertragsschließenden und begründet für sie gewisse Pflichten [3]. Da die Parteien bei Abschluß des Vertrages den Willen hatten, diesen wirksam werden zu lassen, sind sie nach Treu und Glauben gehalten, alles zur Herbeiführung der Genehmigung zu tun und alles zu unterlassen, was die Erteilung der Genehmigung hindern könnte [4]. Dies kann sogar dazu führen, daß ein Vertrag, der so, wie er besteht, nicht genehmigungsfähig ist, auf Grund des Treueverhältnisses die Pflicht begründet, in eine Änderung mit nunmehr genehmigungsfähigem Inhalt einzuwilligen [5]. In diesem Rahmen ist auch eine Klage auf Feststellung der Mitwirkungspflicht zulässig [6].

Ein einseitiger Rücktritt vom Vertrag ist nicht mehr in das Belieben der Parteien gestellt, selbst für den Fall nicht, daß die Genehmigungserteilung sich über einen längeren Zeitraum hinzieht, es sei denn, daß sich aus der Parteivereinbarung ein anderes ergibt oder aus den Umständen zu entnehmen ist [7].

c. Die schuldhafte Verletzung der Treuepflichten kann zu Schadensersatzansprüchen führen. Das Reichsgericht hat den Standpunkt vertreten, daß bei schuldhaftem Verstoß gegen Mitwirkungspflichten Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo gerechtfertigt seien. Ausführlich hat RGZ

---

1) RG in JW 1931, 3450
2) RGZ 168, 261 ff (267)
3) RGZ 40, 238; 75, 406 ff; 98, 48; 114, 159; 115, 38; 119, 334; 129, 376; 168, 351; BGH in BB 1956, 869
4) RGZ 115, 38; 119, 334; 129, 376; 168, 351; BGH A.A.O.
5) BGH in DNotZ 1966, 739 ff (742) m.w.N.; BGH in NJW 1967, 830 (betr. Wertsicherungsklausel)
6) RGZ 121, 157
7) OGHZ 2, 251

114, 155 (158) zu dieser Frage Stellung genommen. Es nahm dann eine Haftung aus culpa in contrahendo an, wenn der andere Vertragsteil Umstände, "von denen jener sich sagen mußte oder gar wußte, daß sie für den Willensentschluß des anderen von wesentlicher Bedeutung seien, fahrlässig verschwiegen hat oder darüber unrichtige Angaben gemacht hat."
Das Reichsgericht hielt es in dieser Entscheidung für unerheblich, ob letztlich der Vertrag durch die Genehmigung Rechtswirksamkeit erlange oder nicht, da in beiden Fällen der Schadensersatzanspruch durchgreife. Dieser Standpunkt hat sich in der Rechtsprechung durchgesetzt, auch wenn der VI. Zivilsenat im Jahre 1930[1] zur Frage von vertraglichen Ansprüchen nach Versagung der Genehmigung eine andere Auffassung vertreten hat. Nach Ansicht dieses Senats ist für den Fall, daß die Genehmigung durch die Verletzung der Mitwirkungspflicht ursächlich versagt wird, der Vertrag mit rückwirkender Kraft unwirksam geworden. Damit seien auch alle vertraglichen Ansprüche, die bestanden haben mögen, entfallen. Als Haftungsgrundlage komme lediglich § 826 BGB in Betracht, der dann jedoch auf das Erfüllungsinteresse gehe. Bei den selteneren Fällen des Erfordernisses einer behördlichen Genehmigung zu einem Verfügungsgeschäft (z.B. im Devisenrecht) ist - im Gegensatz zur oben angeführten Fallgestaltung - das Verpflichtungsgeschäft wirksam geschlossen, die etwa bereits bewirkte Erfüllung dagegen jedoch bis zur Entscheidung unwirksam. In diesem Fall haben die Partner die Vertragspflicht, sich um die Erteilung der Genehmigung zu bemühen[2]. Falls eine Partei mit der Erfüllung dieser Pflicht in Verzug gerät, erhält die Gegenpartei die Rechte aus § 326 BGB[3].

2. nach der Entscheidung

a. Wird die behördliche Genehmigung erteilt, so bedeutet dies, daß der Vertrag nach Ansicht der Behörde nicht gegen öffentlich-rechtliche Belange verstößt. Die vorher bestehende Verfügungsbeschränkung ist aufgehoben und der Vertrag insoweit, als er wegen der Genehmigungsbedürftigkeit nicht wirksam werden konnte, voll wirksam geworden[4]
Die (behördliche) Genehmigung hat nach Auffassung der Rechtsprechung grundsätzlich rückwirkende Kraft: Dies folge freilich weder aus § 184 BGB

---

1) RGZ 129, 377
2) RGZ 151, 39
3) RG in HRR 36, 388
4) RGZ 103, 106; 165, 165

direkt, der nur für die privatrechtliche Genehmigung dritter Personen gelte, noch aus einer analogen Anwendung dieser Vorschrift[1].

Vielmehr ergebe sich dies aus der Genehmigung und dem mit ihr verfolgten Zweck. Stehe ein öffentliches Interesse der Genehmigung nicht entgegen, so "bestehe für den Staat kein Interesse daran, den Willen der Parteien nicht so zur Durchführung kommen zu lassen, wie diese es vereinbart hätten"[2]. Im Regelfall werde der Parteiwille dahin gehen, den Vertrag von Abschluß an wirksam werden zu lassen.

b. Versagt die Behörde die Genehmigung zum Verpflichtungsgeschäft endgültig, so soll nach hM auch der Vertrag endgültig unwirksam werden, die Vertragsverbindung mit ihren Mitwirkungs- und Treuepflichten enden[3]. Die Rechtsbedingung sei weggefallen und der Schwebezustand beendet. Allerdings blieben Ansprüche aus Verletzung der Mitwirkungspflicht bestehen. Nur ein erneuter Abschluß des Vertrages könne zu einer neuen Vertragsbindung der Parteien führen. Bei endgültiger Versagung der Genehmigung zu einem Erfüllungsgeschäft fällt nach Ansicht der Rechtsprechung zwar die condicio iuris der Erfüllung fort, jedoch bleiben Ansprüche aus dem zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft bestehen. Der Wegfall der Rechtsbedingung wird als nachträgliche Unmöglichkeit angesehen[4], so daß, da die Versagung der Genehmigung von keiner Partei zu vertreten ist, die Vorschriften der §§ 275, 323 BGB eingreifen[5].

III. Kritik

1. Wie die Untersuchung ergeben hat, fordern das RG und der BGH während des Schwebezustandes bis zur Genehmigung zunächst eine Gebundenheit der Parteien.
Diese vorläufige Gebundenheit der Vertragspartner bei noch ausstehender Genehmigung seitens der Behörde ergibt sich bereits aus dem beiderseits erklärten Verpflichtungswillen. Bei Abschluß des Rechtsgeschäfts waren die Parteien sich darüber im klaren, daß sie ihre eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen haben. Bei noch nicht erteilter behördlichen Genehmigung bezieht sich der beiderseitige Verpflichtungswille auch darauf, sich

---

1) RGZ 123, 330; BGHZ 32, 389; a.A. OVG Münster in JZ 59, 417
2) RGZ 123, 331
3) RGZ 168, 351/52
4) so z.B. RGZ 165, 164; BGHZ in NJW 69, 837; a.A. RG in JW 12, 72: anfängliche Unmöglichkeit
5) RGZ 149, 349; BGHZ in NJW 69, 837

solange an die Erklärungen gebunden zu halten, bis der Schwebezustand - sei es durch Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung - entschieden und damit beendet ist.
Diese - in ihrer Zeitdauer von der Behörde abhängige - Gebundenheit gilt natürlich nur begrenzt, wenn nur eine Gebundenheit auf eine bestimmte Zeit beiderseits vereinbart war. Des weiteren hat die Rechtsprechung für den zwischenzeitlichen Zustand bis zur Entscheidung bestimmte gegenseitige Treuepflichten angenommen. Diese Treuepflichten sollen nicht nur negativ einen einseitigen Rücktritt vom Vertrag verhindern, sondern (positiv) vor allem (aber nicht nur) bei der Genehmigungserteilung zu einem Verfügungsgeschäft als echte Vertragspflicht fordern, daß die Parteien ihrerseits alles in ihren Kräften Stehende zur Herbeiführung der Genehmigung in die Wege leiten.
Diese Pflicht hat die Rechtsprechung aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entwickelt, ohne konkret auf den einzelnen Vertrag abzustellen.

Es fragt sich nun zunächst, ob eine derart weitgefaßte Mitwirkungs- und Treuepflicht für den Fall der Rechtsbedingung überhaupt zulässig ist.
Vergegenwärtigen wir uns, daß Rspr. und Lit. die Rechtsbedingung als eine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung ansehen. Im Gegensatz zur gewöhnlichen Bedingung, die von den Parteien gesetzt wird, rührt hier die Wirksamkeit des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes von einem Umstand her, der der Rechtsphäre der Parteien entzogen ist, der von außen an das Rechtsgeschäft herangetragen wird. Es ist zweifelhaft, ob ein solcher Umstand eine derartig starke Bindung der Parteien herbeiführen kann. Dies ist um so bedenklicher, als die hM diese Pflicht allgemein aus dem Grundgedanken des § 242 BGB entnimmt, ohne auf den zugrundeliegenden Einzelvertrag einzugehen.
Grundsätzlich sollte die Auslegung des Einzelvertrages gem. §§ 133, 157 BGB Vorrang vor einem allgemeinen Rückgriff auf § 242 BGB haben.

Es sind Fälle denkbar, in denen eine derartig starke Bindung dem Willen der Parteien zuwiderläuft, und dieser entgegenstehende Wille sich bei Auslegung des zugrundeliegenden Vertrages ohne weiteres ergeben hätte. So wird sich eine gegenseitige Mitwirkungspflicht zur Herbeiführung der Genehmigung sicherlich dann nicht vertreten lassen, wenn eine Partei sich vertraglich verpflichtet hat, für die Erteilung der Genehmigung Sorge zu tragen[1].

---

1) So schon H. Lange, a.a.O., S.143

Andererseits darf nicht außer Acht gelassen werden, daß die Rechtsprechung eine derartig starke Verpflichtung der Parteien nur für den Fall der Erteilung der Genehmigung seitens einer Behörde aufgestellt hat. Es steht dahin, ob sie diese Grundsätze auch für andere Genehmigungen für erforderlich hält. Dies wird man in dieser Allgemeinheit nicht sagen können, und es wird Aufgabe der weiteren Untersuchung sein, aufzuzeigen, welche gegenseitigen Pflichten bei derartigen Vertragsverhältnissen bestehen.

Wie während des Schwebezustandes bis zur Genehmigung die Rspr. keine Rücksicht auf den Einzelvertrag genommen hat, so läßt sich dies auch für den Zustand nach der Entscheidung über die Genehmigung feststellen.
Wird die Genehmigung versagt und steht kein Rechtsmittel mehr dagegen zur Verfügung, so soll das Rechtsgeschäft endgültig nichtig sein. Dies wird damit begründet, daß durch eine weitere Bindung der Parteien am Vertrage eine nicht zumutbare Rechtsunsicherheit herbeigeführt würde. Folge der Nichtigkeit soll sein, daß eine spätere Genehmigung dem Rechtsgeschäft keine Rechtswirksamkeit mehr verleihen kann. Erforderlich soll vielmehr ein neuer Abschluß des Rechtsgeschäfts - u.U. in der erforderlichen Form - sein, das dann einer erneuten Genehmigung bedarf.
In dieser Form ist das Ergebnis nicht haltbar und hat deshalb zu Recht teilweise erheblichen Widerspruch erfahren.

So versucht Bullinger[1] die Nichtigkeitsfolgen bei Versagen der behördlichen Genehmigung dadurch zu verhindern, daß er auf den Einzelvertrag abstellt und es dem Willen der Parteien überläßt, am Vertrage festzuhalten oder ihn für nichtig erklären zu lassen. Seiner Ansicht nach soll das Rechtsgeschäft nur dann endgültig nichtig werden, wenn kein förmliches Rechtsmittel eingelegt wird und wenigstens ein Vertragspartner durch sein Verhalten kundtut, daß er sich nicht mehr länger am Vertrage festhalten lassen will.
Demgegenüber macht Janicki[2] den Vorschlag, die Vertragsparteien könnten bei Versagen der behördlichen Genehmigung die Nichtigkeitsfolgen dadurch vermeiden, daß sie für diesen Fall gemeinsam auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts verzichteten.
Geht man mit Münzel[3], der zu der Frage der Nichtigkeit auch die Motive zum BGB heranzieht, zunächst von den Vorstellungen der Parteien aus, so zeigt sich, daß diese bei erneuter Antragstellung nach Versagung der be-

---

1) Bullinger in DÖV 57, 766
2) Janicki a.a.O.
3) Münzel in NJW 1959, 601 ff

hördlichen Genehmigung nicht die Absicht haben, das Rechtsgeschäft wiederum erneut, unter Umständen sogar in der erforderlichen Form, vorzunehmen. Dieses in vielen Fällen langwierige und mit erheblichen Kosten verbundene Verfahren, (z.B. erneute notarielle Beurkundung) ist jedoch nach hM erforderlich. Kieckebusch[1], der im Gegensatz zur hM davon ausgeht, daß bei Versagung der behördlichen Genehmigung das Rechtsgeschäft nicht nichtig werde, hat hierin insofern einen Widerspruch gesehen, als die Rspr. konsequenterweise hätte folgern müssen, "jedes nach endgültiger Verweigerung mit demselben Inhalt neu abgeschlossenes Geschäft sei nichtig, weil seine Unvereinbarkeit mit den öffentlichen Interessen feststehe"[2].

Ansatzpunkt zur Lösung des Problems ist die Genehmigung in ihrem (nach der hM) Charakter als Rechtsbedingung. Münzel stellt zutreffend fest, daß es der Theorie der Genehmigung als selbständiger Rechtsbedingung des Rechtsgeschäfts widerspreche, der Verweigerung unmittelbare Gestaltungswirkung zuzuschreiben. Es fragt sich in der Tat, auf welcher Rechtsgrundlage die Verwaltung die Macht haben soll, auf das zwischen Privatparteien geschlossene Rechtsgeschäft selbst unmittelbar Einfluß zu nehmen. Erfolgt doch die Genehmigung lediglich unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten. Deshalb ist nicht einzusehen, wieso die Behörde das Recht haben soll, derart gestaltend in ein Privatrechtsverhältnis einzugreifen, daß sie den Vertrag für nichtig erklären und die Parteien aus ihrer Gebundenheit entlassen kann. Durch die Verweigerung kann die Verwaltung vielmehr lediglich eine Beeinträchtigung ihrer eigenen Rechtssphäre ausschließen, nicht jedoch - zumindest nicht ohne gesetzliche Grundlage[3] - auf ein Privatrechtsverhältnis in dieser gravierenden Art und Weise Einfluß nehmen.

Es bleibt somit festzuhalten: Wird die Genehmigung verweigert, so wird festgestellt, daß das Rechtsgeschäft nicht wirksam werden kann. Dies bedeutet aber noch nicht, daß es damit endgültig unwirksam und damit nichtig geworden ist. Die Verweigerung der Genehmigung hat keinen unmittelbaren Einfluß auf den Bestand des Rechtsgeschäfts. Das häufig von der Rechtsprechung vorgebrachte Argument, es entstehe eine unerträgliche, keinem der Beteiligten zumutbare Rechtsunsicherheit, ist nicht stichhaltig.

---

1) Kieckebusch: Die öffentlich-rechtliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte, S.82
2) Kieckebusch a.a.O. S.83
3) Kieckebusch a.a.O. S.83

Sowohl bei schuldrechtlichen Rechtsgeschäften als auch bei Verfügungen liegt eine derartige Rechtsunsicherheit des Rechtsverkehrs nicht vor, wenn man die Verweigerung der Genehmigung lediglich als die Verweigerung des Eintritts des privaten Rechtserfolges in das Gemeinschaftsleben beurteilt[1].

Im Normalfall wird für die Parteien ein weiteres Festhalten am Vertrag unzumutbar und sinnlos sein. Dann besteht für sie die Möglichkeit, sich - einseitig - vom Vertrag zu lösen. Besteht diese Lösungsabsicht nicht, so sollte eine beiderseitige und übereinstimmende Erklärung ausreichen, den Vertrag in der Schwebe zu halten. Konsequenz hiervon ist, daß bei einem erneuten Antrag mit der Genehmigung das Rechtsgeschäft nun voll wirksam wird.

Letztlich bleibt zu fragen, in welcher Form sich die Parteien - sowohl bei Abstandnehmen als auch bei Festhalten am Rechtsgeschäft - zu erklären haben. Berücksichtigt man, daß die Loslösung vom Vertrag der Normalfall sein wird, so wird eine besondere Erklärung wohl nicht zu verlangen sein, da der andere Vertragsteil in Kenntnis der Sachlage von einem derartigen Verhalten ausgehen kann.

Anders verhält es sich, wenn beide Partner am Geschäft festhalten wollen. Da dies die Ausnahme ist, wird man eine eindeutige (und übereinstimmende) Erklärung beider Vertragsteile fordern und ein Schweigen als nicht ausreichend erachten müssen.

2. Eine weitere, wenig berührte Frage ist, ob die von der Rechtsprechung bei schuldhaftem Verstoß gegen Mitwirkungspflichten zugesprochenen Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo bzw. § 826 ausreichen oder ob nicht darüber hinaus weitere Ansprüche gegen den Vertragsverletzer gegeben werden sollten. Es wäre an Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung zu denken, wobei dann allerdings die Schwierigkeit besteht, was man als 'Vertragsverhältnis' ansehen will. Ferner fragt sich - und zwar nicht nur für die Fälle der behördlichen Genehmigung - inwieweit die §§ 158 ff BGB - direkt oder analog - anwendbar sind. Besonders interessant erscheint die Anwendbarkeit des § 162 BGB, d.h. ob z.B. die Genehmigung als erteilt gelten kann, wenn ihr Eintritt wider Treu und Glauben verhindert wird. Rechtsprechung und Literatur haben bisher eine derartige Anwendbarkeit abgelehnt.

Bevor jedoch zu diesen Fragen übergegangen werden kann, ist der Begriff

---

1) Münzel a.a.O. S.602/603

der Rechtsbedingung klär herauszuarbeiten und die - außer dem Fall der Genehmigung - unter condiciones iuris stehenden Rechtsgeschäfte und ihre Rechtsfolgen aufzuzeigen.
Dies wird u.a. Aufgabe des folgenden 3. Hauptteils sein.

Dritter Hauptteil

4. Kapitel: Anwendbarkeit der §§ 158 ff BGB auf die Rechtsbedingung

I. Der Bedingungsbegriff

1. Die Bedingung i.S. von §§ 158 ff BGB

Im allgemeinen Sprachgebrauch taucht der Bedingungsbegriff in mannigfacher Bedeutung auf. So spricht man von Versicherungsbedingungen, Lieferbedingungen, Zahlungsbedingungen, allgemeinen Geschäftsbedingungen etc.. Diese unter unter dem Begriff der Bedingung erfaßten Fälle haben jedoch mit dem Bedingungsbegriff i.S. von § 158 ff nichts gemein, denn diese Bedingungen bestimmen lediglich den Inhalt des jeweils vorliegenden Rechtsgeschäfts.

Bei Kodifizierung des BGB ist abgesehen worden, die Bedingung zu definieren. Vielmehr wurde der Bedingungsbegriff als bekannt vorausgesetzt. In der Tat besteht über den Begriff der Bedingung im allgemeinen Einigkeit. Als Bedingung i.S. des BGB wird in der zivilrechtlichen Lehre heute in Übereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Wissenschaft die einer Willenserklärung hinzugefügte Beschränkung verstanden, wodurch die Wirkung des Rechtsgeschäfts von einem zukünftigen und ungewissen Umstand abhängig gemacht wird [1]. Des weiteren wird jedoch auch der zukünftige, ungewisse Umstand selbst als Bedingung bezeichnet.
Kriterien der rechtsgeschäftlichen Bedingung sind daher die Parteibestimmung sowie die Zukünftigkeit und Ungewißheit des in bezug genommenen Umstandes.

2. Die Rechtsbedingung in Abgrenzung zu verwandten Fällen.

Der sofort erkennbare Unterschied zwischen der condicio iuris und der condicio facti besteht, wie bereits aus den Motiven zum BGB zu entnehmen ist, darin, daß bei der Rechtsbedingung die Bedingung durch das Gesetz, bei der Tatsachenbedingung durch den Parteiwillen hervorgebracht ist. Bei beiden kann das Rechtsgeschäft vor dem endgültigen Eintritt der Bedingung nicht voll wirksam werden.
Sowohl diese Unterscheidung "dem Grunde nach" [2] als auch die Gemein-

---

1) Lehmann-Hübner, a.a.O. § 35
2) Oertmann a.a.O. S.3

samkeit, daß die Bedingung den Eintritt der Vollwirksamkeit hindert, mag zu den des öfteren gemachten Versuchen verleitet haben, eine Art Wesensgleichheit bzw. Wesensverwandtschaft zwischen c.i. und c.f. herzustellen. So wurde behauptet, eine Wesensgleichheit bestehe deshalb, weil der die Bedingung setzende Umstand in beiden Fällen der menschliche Wille sei. Bei der c.f. habe der Wille der Partei, also des Individiums, die Bedingung gesetzt, während bei der c.i. der allgemeine Wille die Rechtsnorm, der Entstehungsgrund sei[1].

Diese Gleichsetzung überzeugt jedoch nicht. Denn, wie Scherbring[2] zu Recht klarstellt, ist es ein durch nichts gerechtfertigter Schluß, daß das als Bedingung Gesetzte wesensgleich sein müsse, weil das Bedingungssetzende in beiden Fällen dasselbe ist. Auch der Versuch, eine Wesensverwandtschaft aus der Gleichheit der Wirkungen herzuleiten, ist, wie die späteren Untersuchungen über die Wirkungen der c.i. ergeben werden, zum Scheitern verurteilt.

Die c.i. und die c.f. unterscheiden sich jedoch nicht nur objektiv dem Entstehungsgrunde nach. Beide Bedingungen gleichen sich auch auf der subjektiven Seite nicht.

Bereits Eisele[3] hat diesen Unterschied bemerkt und ausgeführt, daß, wenn man das unter einer c.i. stehende Geschäft von der Zeit datieren wolle, in welcher die Bedingung erfüllt werde, so wäre dies eine Nichtbeachtung des subjektiven Willens, "der eben schon damals unbedingt gewollt hat". Hiermit wollte Eisele klarlegen, daß die Absicht der Parteien bezüglich der Rechtsbedingung in der Regel dahingeht, die Bindung an das Rechtsgeschäft sofort eintreten zu lassen, auch wenn die Rechtsnorm die Wirkung noch von einem zukünftigen Umstand abhängig macht. Im Gegensatz dazu bestehe bei der gewillkürten Bedingung die Absicht, die Wirkung erst dann eintreten zu lassen, wenn der von den Parteien gewählte Umstand auch wirklich eingetroffen sei.

Dieser letztere Grundsatz ist in § 159 BGB insofern Gesetz geworden, als danach von einer Rückziehung, vor allem auf den Zeitpunkt der Errichtung des Rechtsgeschäfts, grundsätzlich nicht auszugehen ist. Das gilt unbeachtet der Ausnahme, daß die Parteien eine sog. obligatorische Rückzie-

---

1) so vor allem Scheurl, a.a.O. S.98

2) Scherbring a.a.O. 19

3) Eisele in AcP Bd.50, S.308; so auch Enneccerus, Suspensivbedingung, S.130

hung vereinbaren.

Eiseles Formulierung vom unbedingten Willen kann jedoch insoweit zu Fehlschlüssen führen, als man den Unterschied zwischen c.f. und c.i. darin zu sehen geneigt ist, daß bei der ersteren im Gegensatz zur letzteren das Wollen bedingt sei. Diese Unterscheidung ist in der Tat von Scherbring vorgenommen worden[1]. Er sieht den Unterschied darin, daß

> bei der condicio facti das Wollen ein bedingtes, die rechtliche Möglichkeit seiner Wirkung dagegen eine unbedingte ist,
>
> demgegenüber
>
> bei der condicio iuris das Wollen ein unbedingtes, die rechtliche Möglichkeit dagegen eine bedingte ist.

Diese früher vielfach vertretene Meinung vom bedingten Wollen bei der c.i. hat sich jedoch zu Recht nicht durchzusetzen vermocht. So hat schon Callmann[2] dieser Unterscheidung sofort widersprochen, indem er abstritt, daß ein "äußeres Ereignis also imstande wäre, notwendigerweise und unmittelbar - ohne nur als Motiv zu wirken - in dem Menschen einen Willen hervorzurufen".
Bedingt ist nicht das Wollen. Das Wollen ist vielmehr eine gegenwärtige Tatsache. Es kann in dieser Eigenschaft nicht von einem zukünftigen Ereignis abhängig sein. Bedingt ist lediglich - je nachdem ob es sich um eine aufschiebende oder auflösende Parteibedingung handelt - der Eintritt oder der Fortbestand der Rechtswirkung. Nur die Rechtswirkung wird von einem noch ungewissen Ereignis abhängig gemacht[3].
Das von Scherbring empfohlene Unterscheidungsmerkmal vermag daher c.i. und c.f. nicht voneinander abzugrenzen. Es ist unbrauchbar.

Die c.i. ist, sobald das Rechtsverhältnis vorliegt, von selbst gegeben. Eine Handlung der Parteien ist dazu nicht erforderlich. Die einzig denkbare Eingriffsmöglichkeit besteht darin, daß die Parteien das Rechtsgeschäft überhaupt nicht vornehmen oder, falls sie es bereits abgeschlossen haben, sich wieder von ihm lösen. Die weitere Entwicklung des Rechtsverhältnisses ist ihnen somit, solange sie es aufrechterhalten, aus der Hand genommen. In der Regel wird man davon ausgehen können, daß die Parteien bei Abschluß des unter einer Rechtsbedingung stehenden Rechtsgeschäfts, die Bindung an das Rechtsgeschäft sofort eintreten lassen wollen und sogar

---

1) Scherbring a.a.O. S.22
2) Callmann: Die condicio iuris, S.7
3) Staudinger-Coing a.a.O. Vorbem. vor § 158 Anm.5

häufig an eine rechtliche Beschränkung überhaupt nicht denken. Zu einer sofortigen rechtlichen Bindung kann es jedoch nicht kommen, da die Rechtsordnung hierzu ihr Einverständnis verweigert. Zwar können die einzelnen Rechtsträger ihre Beziehungen zueinander grundsätzlich selbst nach ihrem Belieben regeln. Dieses Prinzip der Privatautonomie gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Gewisse Regelungen sind unerläßlich, um das Zusammenleben zu ordnen. Abgesehen von der allgemeinen Einschränkung der Privatautonomie durch die §§ 134, 138 BGB enthält die Rechtsordnung Vorschriften, ohne deren Beachtung bestimmten Geschäften die Rechtsverbindlichkeit versagt wird. Anlaß zu solchen Regelungen, der sich keine Privatrechtsordnung verschließen kann, können verschiedene Umstände sein. So muß die Rechtsordnung z.B. Personen, die wegen fehlenden Mindestalters oder Gebrechlichkeit nicht in der Lage sind, ihre Rechtsverhältnisse selbst zu gestalten, schützen. In derartigen Fällen versagt somit die Rechtsordnung den Parteien die endgültige Anerkennung des gewollten Rechtsverhältnisses bis zum Eintritt des vom Gesetz geforderten zukünftigen, ungewissen Umstandes. Erst mit dieser Entscheidung wird klargestellt, ob das Rechtsverhältnis, so wie die Parteien es vereinbart haben, wirksam ist oder nicht.

3. Mit dieser vorläufigen allgemeinen Charakterisierung der Rechtsbedingung im Unterschied zur Parteibedingung ist noch nichts darüber gesagt, in welcher Beziehung die Rechtsbedingung zu den sonstigen Elementen des Tatbestandes einer Willenserklärung steht.

Die Tatbestandslehre ist im Zivilrecht im wesentlichen deshalb äußerst umstritten, weil die Terminologie und die Abgrenzung ihrer Grundbegriffe unterschiedlich und z.T. unklar sind. Ausgehend von der Notwendigkeit, den Begriff des Rechtsgeschäfts zu bestimmen, war man zu der Überlegung gekommen, daß die Voraussetzungen, die das Gesetz für den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen fordert, nicht alle gleichwertig sind.
Diese Ungleichwertigkeit zeigte sich vor allem, wenn sich ein aus mehreren Teilen bestehender Tatbestand in zeitlichen Abständen verwirklichte und die Vollwirkung des Rechtsgeschäfts erst nach Eintritt des letzten Tatbestandsstückes eintrat. Bei der Suche nach einem zivilrechtlichen Tatbestandsbegriff versuchte man zunächst, sich an der im Strafrecht schon früh herausgearbeiteten Tatbestandslehre zu orientieren.
Hier unterschied man seit langem die sog. Tatbestandsmerkmale von den Bedingungen der Strafbarkeit. Als Bedingung der Strafbarkeit werden nur

diejenigen Umstände bezeichnet, "die nicht den Grund der Strafbarkeit bilden, sondern der Straftat nur als äußere, von ihr unabhängige Umstände hinzutreten.[1]" Ist der strafrechtliche Tatbestand erfüllt, so ist klargestellt, ob und welches Delikt begangen ist. Die Rechtsfolge der Bestrafung knüpft aber erst an das Vorliegen der Strafbarkeitsbedingung an.
In Anlehnung an das Strafrecht gelangte man zu dem Begriff des zivilrechtlichen Tatbestandes. Diesen wollte man als "sämtliche Erfordernisse, die die Rechtsordnung (d.h. die abstrakten Rechtssätze), an eine Rechtswirkung (d.h. die Entstehung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtszustandes), knüpft,[2]" verstanden wissen. Man war der Auffassung, daß es auch im Zivilrecht methodisch notwendig sei, zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts oder des Deliktes nicht wahllos alle Bedingungen der Wirksamkeit zu rechnen.
So trennen z.B. Enneccerus-Nipperdey[3], in Übereinstimmung mit der wohl hL, die Voraussetzungen einer jeden Rechtswirkung in den Tatbestand und in Bedingungen. Andere sprechen von Ursachen im engeren Sinn und Voraussetzungen[4], Haupterklärung und Voraussetzungen der Rechtswirkung bzw. rechtsbegründenden und rechtsbestätigenden Tatsachen[5], während Oertmann den Tatbestand im eigentlichen Sinne von den Wirksamkeitsvoraussetzungen scheidet.
Ohne an dieser Stelle bereits inhaltlich zu diesen Begriffen Stellung nehmen zu wollen, sei jedoch erwähnt, daß die Gegenüberstellung von rechtsbegründenden Tatsachen einerseits und rechtsbestätigenden Tatsachen andererseits der nötigen Klarstellung des Problems der Tatbestandsteilung nicht förderlich ist. Diese Begriffe erscheinen im Gegenteil eher dazu geeignet, die herauszuarbeitenden Abgrenzungen undeutlich werden zu lassen und zu verwischen. Dies ergibt sich besonders für die Fälle, bei denen die von einigen genannten 'rechtsbestätigenden' Tatsachen bereits bei Geschäftsschluß vorliegen müssen und demzufolge für eine Bestätigung kein Raum mehr ist. Desweiteren könnte man sich durch den Begriff der 'rechtsbegründenden' Tatsache dazu veranlaßt sehen, bei deren Vorliegen die

---

1) Enneccerus-Nipperdey a.a.O., Teil 2 § 136 (S.859)
2) Enneccerus-Nipperdey a.a.O.
3) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 145 II B 3 (S.986)
4) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S.29
5) v. Tuhr, a.a.O. Bd.2, S.18 ff

Rechtswirkung bereits als entstanden zu betrachten und bei späterem Eintritt der rechtsbestätigenden Tatsachen immer eine Rückwirkung eingreifen zu lassen. Dies ginge jedoch, wie Hopp[1] zu Recht bemerkt, "angesichts der unterschiedlichen Behandlung der Rechtswirkungselemente zu weit und muß deshalb abgelehnt werden". Auch für die Zustimmung des Berechtigten zur Verfügung eines Nichtberechtigten und bei der Genehmigung des Vertretenen nach § 177 BGB paßt der Begriff der rechtsbestätigenden Tatsache nicht recht; denn die Mitwirkung eines Zuständigen kann sinnvoll nicht als nur rechtsbestätigende Tatsache angesehen werden.[2] Trotz dieser terminologischen Unterschiede ist man sich jedoch zum überwiegenden Teil darüber einig, daß manche Erfordernisse der Rechtswirkung als deren eigentlicher Grund, andere dagegen nur als zusätzliche, aber nicht essentielle Erfordernisse, anzusehen sind. Dieses Ergebnis wird jedoch zum Teil übernommen, ohne die Unterscheidungsmerkmale in ihrem Gehalt näher zu erläutern[3].

Zwangsläufig mußte diese Tatbestandslehre Widerspruch herausfordern. Vor allem Müller - Freienfels hat in neuerer Zeit gegen eine derartige Unterscheidung Einspruch erhoben. Er behauptet u.a., "zwischen den einzelnen rechtsgeschäftlichen Begründungsfaktoren lasse sich kein Unterschied in bezug auf die Herbeiführung der Rechtsfolgen ausfindig machen[4]". Nach Ansicht von M.-F. sind also nur alle Faktoren zusammen gleich rechtserheblich; eine Unterteilung nicht möglich. Unter rein logischen Gesichtspunkten ist die Meinung von Müller - Freienfels richtig. Mag man auch mit der hM von einer Ungleichwertigkeit der Wirkungselemente ausgehen, so muß doch andererseits berücksichtigt werden, daß nach den Gesetzen der Logik die Wirkungselemente alle gleich erheblich sind. Denn sie sind für den Eintritt der Vollwirkung gleich unentbehrlich, und bereits das Ausbleiben eines Wirkungselementes hemmt den Eintritt der Vollwirkung. Daraus hat Hopp[5] den Schluß gezogen, daß der Beurteilungsmaßstab ein anderer sein muß und die Wirkungselemente, wenn man von ihrer stärkeren und schwächeren Wirksamkeit ausgeht, nicht in ihrer Eigenschaft als logische Prämissen des Rechtserfolges verstanden werden

---

1) Hopp: Eigentumsvorbehalt, S.24
2) so auch Thiele, Zustimmungen, S.91
3) z.B. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.
4) Müller-Freienfels; Vertretung, S.216
5) Hopp a.a.O. S.26

dürfen. Seiner Ansicht nach rechtfertigt sich die unterschiedliche Bewertung der Wirkungselemente nach dem Grad ihrer Stärke aus den verschiedenen Wirkungsformen. Hopp nimmt nämlich bei den bloßen Wirksamkeitsvoraussetzungen lediglich eine einfache Funktion an. IhreMitwirkung bei der Rechtsentstehung soll sich nur auf das "ob" beschränken. Dagegen sieht Hopp bei den Tatbestandsmerkmalen im engeren Sinne insofern eine doppelte Funktion, als sie sowohl über das "ob" als auch über das "wie" dieser Wirkung entscheiden.

Die Trennung von Tatbestandsmerkmalen und Wirksamkeitsvoraussetzungen hat nicht den Sinn (was Müller - Freienfels verkennt), eine verschiedene Wertigkeit im Hinblick auf den Eintritt oder Nichteintritt des Rechtserfolges herbeizuführen. Freilich könnte dies leicht angenommen werden, wenn man des öfteren liest, die Tatbestandselemente im engeren Sinne seien der eigentliche Grund für die Rechtswirkung. Es kann aber nicht bestritten werden, daß für den Enderfolg alle Voraussetzungen gleichwertig sind und daß beim Ausbleiben nur eines Erfordernisses der Gesamtrechtserfolg nicht eintritt. Eine andere Frage ist allerdings, ob man die Merkmale, auf Grund deren sich das Rechtsverhältnis entwickelt, außerhalb des Zweckes, über den Eintritt der Rechtswirkung zu befinden, verschieden bewerten darf.[1)]

Gerade bei der sukzessiven Entstehung eines Rechts, von dem einige Voraussetzungen bereits vorliegen, die volle Rechtswirkung jedoch noch aussteht, taucht das Problem auf, inwieweit welche Rechtswirkung mit welcher Rechtsfolge bereits jetzt vorliegt. Hier ist es notwendig, von einer verschiedenen Wertigkeit, die sich aber eben nicht auf den Eintritt des Gesamt- oder Endrechtserfolges bezieht, auszugehen und mit der hM zuzulassen.

Im Ergebnis ist also eine Teilung des Tatbestandes methodisch notwendig. Andererseits ist, wenn man bei den von Oertmann geschaffenen Begriffen von Tatbestand im engeren Sinn und Wirksamkeitsvoraussetzung bleibt, allein dadurch für die Lösung des Problems der Rechtsbedingung noch nichts gewonnen. Vielmehr gilt es, Abgrenzungskriterien zu finden, sie auf ihre praktische Verwertbarkeit hin zu überprüfen, und, wenn möglich, sie in einem allgemein verbindlichen Rechtbegriff einzufangen.

Oertmann hat versucht, Unterscheidungs- und Abgrenzungsmerkmale aufzuzeigen. Wie anfangs dargelegt[2)], soll der Tatbestand im engeren Sinn

---

1) Forkel: Anwartschaftsrecht, S.44
2) s.S. 9 ff

über das "was" der Rechtswirkung entscheiden und den Inhalt des Rechtserfolges festlegen, während die Wirksamkeitsvoraussetzungen oder -erfordernisse lediglich über das "ob" der Rechtsfolge Antwort geben. Dieses bereits bei von Tuhr auftauchende inhaltliche Abgrenzungsmerkmal hat den lebhaften Zuspruch der Lehre erfahren. Vor allem bei der Anwartschaft, bei der sich ebenfalls die Frage der richtigen Tatbestandsabgrenzung bei der Entstehung subjektiver Rechte stellt, ist die Lehre von der Tatbestandsteilung nochmals ausführlich erörtert worden. Abgesehen von einigen Einzelheiten, die speziell die Anwartschaft betreffen und deshalb an dieser Stelle nicht näher auszuführen sind, kann eine große Gemeinsamkeit der Meinungen verzeichnet werden.

Würdinger[1] hat nach Oertmann als erster die Frage nach einer klaren Abgrenzung dem Inhalt nach wieder aufgegriffen. Denn er stellt fest, daß die Tatbestandselemente einer Norm meist in sofern doppelte Funktion ausüben, als sie einerseits für die Entstehung des Rechts, andererseits für dessen inhaltliche Ausgestaltung von Bedeutung sind. Nach Ansicht von Würdinger hat der Tatbestand lediglich mit dem Eintritt des Rechtserfolges zu tun.

Der Tatbestand gebe an, unter welchen Voraussetzungen und wann die vom objektiven Recht aufgestellten Befugnisse zur konkreten Berechtigung einer bestimmten Person würden. Diese rechtserzeugenden Tatbestandselemente grenzt Würdinger von den inhaltsgestaltenden Faktoren ab. Es soll nämlich der eigentliche Tatbestand (die rechtserzeugenden Tatbestandselemente) in keinerlei Bezienung zum Inhalt des Rechts stehen, das angebe, in welcher Weise der Berechtigte gegen das ihm unterworfene Objekt vorgehen könne. Danach beziehen sich die inhaltsgestaltenden Elemente lediglich auf das "wie", die Tatbestandselemente im engeren Sinn dagegen auf das "ob" und "wann" des Erwerbes eines subjektiven Rechtes.

Hopp[2] und Forkel[3] benutzen zur Unterscheidung von Tatbestandselementen und Wirksamkeitsvoraussetzungen ebenfalls das inhaltliche Abgrenzungsmerkmal. Sie wollen aber die Zäsur nicht so kategorisch wie Würdinger vornehmen. Vielmehr erkennen sie an, daß inhaltsgestaltende und rechtserzeugende Faktoren nicht voneinander zu lösen sind, sondern teilweise notwendig zusammenhängen.

Forkel führt eine weitere Differenzierungsmöglichkeit in die Diskussion

---

1) Würdinger: Die privatrechtliche Anwartschaft, S.24 ff
2) Hopp a.a.O., S.28
3) Forkel a.a.O., S.47

ein. Er verwendet nicht das Abgrenzungsmerkmal, nach dem diejenigen Merkmale den Tatbestand im engeren Sinn bilden, die den Inhalt der Rechtsfolge gestalten und festlegen. Vielmehr liegt für ihn ein Tatbestandselement im engeren Sinn dann vor, wenn es dazu geeignet ist, ein einzelnes Recht speziell zu erkennen. Dies könne nur dadurch geschehen, daß das Tatbestandselement den besonderen Inhalt des Rechts wenigstens einigermaßen deutlich werden lasse und Bezug zu seinen Eigenarten habe.[1)]

Forkel macht sich diese neue Differenzierung für die Lösung des Anwartschaftsproblems nutzbar. Er stellt fest, daß sich für die Anwartschaft wenigstens insofern negative Ergebnisse gewinnen ließen, als von vorneherein "von den gesamten Voraussetzungen eines Rechtserfolges einige ausgeschieden werden, die niemals dafür in Frage kommen, daß die Rechtsordnung mit ihnen schon Rechtsfolgen im Hinblick auf das später zustandekommende Recht verbindet.[2)]"

Es mag dahingestellt bleiben, ob dieses Differenzierungsmerkmal bei der Anwartschaft von Nutzen ist. Zur Klärung und Abgrenzung von Tatbestand im engeren Sinne und Wirksamkeitsvoraussetzung bei der Rechtsbedingung ist es nicht geeignet. Wollte man es benutzen, so hätte man weit weniger konkrete Anhaltspunkte zur Abgrenzung als vorher. Vor allem ist dieses neue Abgrenzungsmerkmal zu weitläufig, um brauchbar zu sein. Denn wie soll man abgrenzen, wann ein Tatbestandselement den besonderen Inhalt des Rechts wenigstens einigermaßen deutlich werden läßt? Forkel verwischt vielmehr die bereits bestehenden Grenzen wieder, so daß sein Begriff (zumindest für die Rechtsbedingung) als dogmatisch unbrauchbar zurückgewiesen werden muß.

Es fragt sich nun, ob die von Tuhr gemachte und von Oertmann und der hM übernommene Unterscheidung von Wirksamkeitsvoraussetzung und Tatbestandselement im engeren Sinne nach ihrer Bedeutung für den Inhalt des Rechtsgeschäfts genügend klar bestimmbar und damit brauchbar angesehen werden kann.

Dies wird von einigen heftig bestritten. Vor allem Müller - Freienfels stellt dieses Unterscheidungsmerkmal in Frage, wenn er zweifelt, "ob ein Umstand, der keine inhaltsgestaltende Kraft habe, deshalb auch keinen Grund für eine rechtsgeschäftliche Folge abgeben könne.[3)]"

---

1) Forkel a.a.O. S.51
2) Forkel. a.a.O.S.54
3) Müller-Freienfels a.a.O.S.214

Müller - Freienfels meint, anhand des Beispieles der Vertragsannahme stelle sich das Merkmal der inhaltsgestaltenden Kraft als für eine Differenzierung unhaltbar heraus.

Oertmann[1] hat Angebot und Annahme als vollauf gleichwertige Stücke des vertraglichen Tatbestandes angesehen, die inhaltlich übereinstimmen müssen. Müller - Freienfeld weist zu Recht darauf hin, daß im Falle des Vertragsabschlusses dem Anbietenden grundsätzlich die inhaltliche Bestimmung der Vertragsfolge obliege und sein Antrag inhaltlich so konkret und vollständig abgefaßt sein müsse, daß die bloße Annahme des Vertragsgegners zum Vertragsschluß führe. Der Annehmende steuere zum Inhalt des Vertragesnichts mehr bei; trotzdem sei seine Annahmeerklärung ein ebenso unentbehrliches Element des rechtsfolgebegründenden Tatbestandes wie die Offerte. Dadurch, daß Oertmann dasselbe Ergebnis vertrete und nicht der Vertragsannahme inhaltsgestaltende Kraft unterschiebe oder (wie andere Schriftsteller), versucht habe, die Annahme lediglich als condicio iuris einzuordnen[2], habe er in Wahrheit seine Lehre selbst preisgegeben und zu erkennen gegeben, daß "die Frage, ob ein Akt rechtsgeschäftliches Tatbestandsstück ist,.... sich nicht von seiner inhaltsgestaltenden Bedeutung aus beantworten" lasse.
Auch Thiele[3] weigert sich, von vorneherein nur diejenigen Umstände als Tatbestandsstücke des Rechtgeschäfts anzusehen, welche die Rechtsfolge begründen. Er bestreitet die Identität von rechtsbegründenden bzw. rechtserzeugenden Tatsachen mit Tatbestandstücken einerseits und den keine produktive Kraft entfaltenden Tatsachen mit den Wirksamkeitsvoraussetzungen andererseits. Einziger Maßstab dafür, was als der eigentliche Grund der Rechtswirkung zu gelten habe, hätte die willkürliche Selbstbestimmung aller Betroffenen sein müssen. Das Gesetz sei aber in anderer Weise verfahren und deshalb sei es nur möglich, Tatbestandsstücke und Wirksamkeitsvoraussetzung unter rein rechtstechnischen Gesichtspunkten zu trennen.

---

1) Oertmann a.a.O. S.10, 62
2) z.B. Köppen in JherJb. Bd. 11, S.335
3) Thiele: Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, S.88 ff

Demgegenüber wirft Kühne [1] Oertmann vor, vor allem dadurch, daß er die Eigenart der Tatbestände, welche die Bildung einer besonderen Gruppe der Rechtsbedingung rechtfertige, nicht klar genug herausgestellt habe, habe er eine Zusammenfassung in Gruppen verhindert. Einerseits habe er zur Abgrenzung die Ungleichwertigkeit von Wirksamkeitsvoraussetzung und Tatbestand angeführt, indem das Rechtsgeschäft allein über den Inhalt bestimme, die Wirksamkeitsvoraussetzungen keinen Einfluß auf das "was", sondern nur noch auf das "ob" der Rechtsfolge haben. Andererseits bringe er später das Merkmal der Bestimmtheit des Inhalts, um eine Unterscheidung zu treffen.
Nach Ansicht von Kühne hat sich Oertmann, der für die Rechtsbedingungen weder einen einheitlichen Tatbestand noch einheitliche Rechtsfolgen habe aufstellen können, "nicht genügend von der teleologischen Idee der Rechtsnorm, daß der Tatbestand die Rechtsfolgen rechtfertige müsse",[2] leiten lassen. Für Kühne können die Rechtsfolgen "nicht durch isolierte Betrachtung der tatbestandlichen Besonderheiten und Anknüpfung von Zweckerwägungen an dieselbe gewonnen werden, sondern (sie) sind von vorneherein begrenzt durch die Rechtsfolgen, die der Tatbestand in seiner normalen Erscheinungsform, d.h. bei gleichzeitiger Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale, hat."

Obwohl Oertmann im Ergebnis zu uneinheitlichen Rechtsfolgen gelangte und deshalb auch kritisiert wurde[3], empfiehlt es sich, weiterhin zur Unterscheidung der verschiedenen Tatbestandselemente zunächst von ihrer inhaltlichen Bedeutung für die Rechtsfolge auszugehen. Durch die Abgrenzung dem Inhalt nach wird es möglich, die wesentliche Ursache für den Eintritt der Rechtswirkung zu erkennen. Für diese, üblicherweise als Tatbestandsmerkmale im engeren Sinn bezeichneten Voraussetzungen empfiehlt sich der Begriff des

inhaltsbestimmenden Willenstatbestandes.

In der Regel (sind) ist es vorrangig die Willenserklärung(en) der Partei(en), die die eigentliche Rechtsfolge begründet(begründen), sie erscheint(erscheinen) als "unmittelbare Ursache der einzelnen Rechtswirkung.[4]" Durch sie wird zunächst festgelegt, ob ein Recht entsteht andererseits jedoch auch ein Urteil über die inhaltliche Ausgestaltung bzw. inhaltliche

---

1) Kühne: Tatbestandsteilung, S.22
2) Kühne a.a.O.
3) z.B. Grützmann in AcP Bd. 125, S.359
4) Hopp a.a.O. S.22

Bestimmung des Rechts getroffen. Sie (ist) sind unverzichtbarer Bestandteil des Rechtsgeschäfts mit seinen bestimmten Rechtsfolgen, sie (bestimmt) bestimmen Art und Typus des Rechtsgeschäfts. Neben den privatrechtlichen Erklärungen können jedoch auch außerhalb dieser liegende Umstände auf das entstehende Recht inhaltlich einwirken bzw. den Typ des konkreten Rechtsgeschäfts mitgestalten und prägen. Ein derartiger Wille kann sich z.B. in der Mitwirkung staatlicher Stellen oder sonstiger Dritter äußern. Auch diese inhaltsbestimmenden Tatbestandsmerkmale, die je nach Art des Rechtsgeschäfts verschieden sein können, gehören mit zum eigentlichen Errichtungsakt [1] Die Wirksamkeitsvoraussetzungen haben dagegen nur Einfluß auf das Entstehen des Rechts, auf das "ob" des von den Beteiligten Gewollten. Diese, letztlich auf eine verschiedene Wertung zurückzuführende Differenzierung äußert sich auch in den bei Vorliegen des vollständigen Errichtungsaktes eintretenden Zwischenwirkungen. Hier tritt, (wie bereits bei den Genehmigungsfällen dargestellt), nach hM bei noch fehlender c.i. ein Schwebezustand ein, der, (wie später aufzuzeigen wird), bereits Rechtsfolgen herbeiführt. Dies zeigt, daß es (i.d.R.) nur der inhaltsbestimmende Willenstatbestand ist, der bereits Rechtswirkungen erzeugen kann.

V. Tuhr[2] hat die Begriffe von Ereignis und Zustand in die Diskussion über die Entstehung von Rechten eingebracht und sie zur Klärung des Problems der Tatbestandsteilung insoweit herangezogen, als er die sog. "Haupterklärungen" auf Ereignissen, die "Voraussetzungen" dagegen auf Zuständen beruhend ansieht. Auch Oertmann[3] hat diesen Schluß gezogen, als er feststellte, daß da, wo ein Geschehen den Eintritt der Rechtsfolge hindert, eine Unvollständigkeit des Tatbestandes zu vermuten sei. Hopp[4] schließt sich dieser Meinung ohne nähere Begründung an; seiner Ansicht nach erkennt man die inhaltsbestimmenden Merkmale am besten daran, daß sie Tatsachen darstellen, die als ein Fortschritt des Geschehens, als ein neues Ereignis erscheinen würden, während die Wirksamkeitsvoraussetzungen lediglich als Zustände in Erscheinung träten. Diese Unterscheidung ist zumindest bezüglich des inhaltlichen Willenstatbestandes richtig. Zur Festlegung des Tatbestandes eines Rechtsgeschäftes sind zu-

---

1) u.U. kann auch ein Real- bzw. amtlicher Akt noch mit zum eigentlichen Errichtungsakt des konkreten Rechtsgeschäfts gehören (vgl. später bei der Einzelfalluntersuchung)

2) v. Tuhr a.a.O. S.8 ff

3) Oertmann a.a.O. S.55

4) Hopp a.a.O. S.22

nächst vorrangig die Willenserklärung (en) des (der) Beteiligten notwendig, somit ein aktives Handeln, ein Geschehen. Ob demgegenüber die (gesetzlichen) Wirksamkeitsvoraussetzungen sich immer als Zustände darstellen, muß bezweifelt werden.

Geht man von den als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung erkannten Umständen wie Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und Vertretungsmacht aus, so mag für diese Fälle das Kriterium des Zustandes zutreffen, da sie allgemeine vorhandene oder nicht vorhandende Fähigkeiten und Eigenschaften der Beteiligten betreffen. Ob daraus jedoch bereits auf ein derartiges Abgrenzungsmerkmal für alle Fälle von Wirksamkeitsvoraussetzungen geschlossen werden kann, läßt sich von vorneherein nicht sagen. Zweifel ergeben sich bereits bei oberflächlicher Betrachtung der überaus wichtigen Genehmigungsfälle. Dort kann, weil die Genehmigung noch erteilt werden, also noch geschehen muß, von einem Zustand sicherlich nicht gesprochen werden. Ein Zustand ist nur die Genehmigungsbedürftigkeit. Diese ist aber nicht die Rechtsbedingung. Rechtsbedingung ist vielmehr die Genehmigungserteilung.

Zieht man die weiteren, üblicherweise verwendeten Unterscheidungsmerkmale heran, so zeigt sich, daß die Abgrenzungen, ebenso wie die oben erörterte Differenzierung zum inhaltsbestimmenden Willenstatbestand hin, überwiegend auf einer verschiedenartigen Bewertung der Tatbestandselemente zurückzuführen sind. Wenn Egert[1] anführt, den Tatbestandsstükken seien spezielle Rechtsfolgen zugeordnet, während Wirksamkeitsvoraussetzungen mehr oder weniger allgemeiner Art seien, so kann dies bezüglich der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht unwidersprochen bleiben. Von einer allgemeinen Art der WV auszugehen verbietet sich bereits auf Grund der zahlreichen und verschiedenartigen Fälle von Wirksamkeitsvoraussetzungen. Von einer allgemeinen Art der WV könnte nur insoweit gesprochen werden, als ihre Gemeinsamkeit darin besteht, dem Rechtsgeschäft die volle Wirksamkeit zu verschaffen. Daß darüber hinaus einige WV wie z.B. die Geschäftsfähigkeit und Rechtszuständigkeit i.d.R. bereits bei Vornahme des Rechtsgeschäfts vorliegen müssen, rechtfertigt nicht, sie als von allgemeiner Art einzustufen.

Dagegen drückt Egert[2] die verschiedene Funktion von Tatbestand und

---

1) Egert, Die Rechtsbedingung, S.13
2) Egert a.a.O.

WV zur Herbeiführung des Geschäftserfolges insofern zutreffend aus, als er das Rechtsgeschäft als das Mittel und die WV als die Schranken wirksamen rechtsgeschäftlichen Handels bezeichnet. Nach Ansicht von Egert stellt das Rechtsgeschäft "das Instrument zur Entfaltung der freien rechtlichen Selbstbestimmung" dar, wohingegen die gesetzlichen "Wirksamkeitsvoraussetzungen teils der Wahrung, teils der Beschränkung des Prinzips dienen.[1]"

Nimmt man somit die Differenzierung der einzelnen Tatbestandselemente von ihrer verschiedenen Wertigkeit aus vor, so darf doch niemals außer Acht gelassen werden, daß alle Tatbestandselemente für den Eintritt der Gesamtrechtsfolge von gleicher Bedeutung sind. Diese Gleichwertigkeit für den Eintritt der Rechtsfolge, nicht jedoch für die inhaltliche Bestimmung des Rechts, wurde und wird zum überwiegenden Teil auch heute noch insofern übersehen, als man diese Elemente wegen ihrer scheinbar minderen Bedeutsamkeit aus dem Tatbestand ausscheidet.

Eine derart ungleiche Behandlung ist nicht gerechtfertigt. Vielmehr gehören beide zum Tatbestand; denn nur bei Vorliegen beider Elemente tritt die von der Rechtsordnung ermöglichte Rechtswirkung ein. Entgegen der hM hat von Tuhr[2] für die Rechtsgeschäfte, bei denen die erforderliche behördliche Genehmigung noch aussteht, von einem aus Handlung der Partei und Handlung der Obrigkeit zusammengesetzten Doppeltatbestand gesprochen. Für von Tuhr sind beide Bestandteile aufeinander bezogen und für die Rechtswirkung gleich wesentlich. O. Lange[3] stellt in diesem Zusammenhang den Begriff des "gestreckten Tatbestandes" auf, bei dem Abschlußtatbestand und Wirkung aufeinander bezogen seien. Um die Untrennbarkeit beider Gruppen auszudrücken, empfiehlt sich indes der Begriff des Gesamttatbestandes.[4]

Zu welch unrichtigen Ergebnissen eine Verkennung und Unterschätzung der Wirksamkeitsvoraussetzungen als Teil des Gesamttatbestandes führen kann, zeigt sich z.B. daran, wie undifferenziert man sich manchmal des Begriffes der WV bedient, um damit Fragen der Beweislast zu lösen. So wird behauptet, da alle WV nicht Merkmale des Erwerbstatbestandes seien, trage insoweit auch nicht die das Recht behauptende Partei, sondern der

---

1) Egert a.a.O.
2) v. Tuhr, a.a.O. § 50 Nr. 5
3) O. Lange in NJW 1949, S.201
4) so Larenz, Allgem. Teil, § 18

Gegner die Beweislast![1] Der Grund hierfür mag wiederum sein, daß man aus den als WV erkannten Fällen der Geschäftsfähigkeit, der §§ 134, 138 BGB voreilig den allgemeinen Schluß gezogen hat, nunmehr seien alle WV vom Beklagten geltend zu machen und zu beweisen. Diese bereits bei Geschäftsabschluß erforderlichen gesetzlichen WV bilden jedoch angesichts der zahlreichen gesetzlichen WV bezüglich der Beweislast eine Ausnahme. Hier ist von der Regel - Ausnahme - Situation auszugehen. So hat der Gesetzgeber z.B. Rechtswirkungen lediglich an die Geschäftsunfähigkeit geknüpft. Deshalb müssen, wenn hierüber Zweifel bestehen, diese zu Lasten derjenigen Partei gehen, die sich auf diese Rechtsfolge beruft. Daß diese Beweislage keineswegs bei allen Wirksamkeitsvoraussetzungen gleich ist, zeigen die überaus zahlreichen Fälle von Genehmigungen, die unbestritten von derjenigen Partei geltend zu machen und zu beweisen sind, die Rechte aus dem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft herleitet.

Prinzipiell läßt sich sagen - und das gilt auch für die hier zu erörternden gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen -, daß "jede Partei die Beweislast für das Gegebensein der Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, dessen Wirkung sie im Prozeß geltend macht"[2] trägt, "wobei der Umfang der .... Tatsachen .... allein durch Auslegung des materiellen Rechts gefunden werden kann"[3].

Auf dem Hintergrund der oben getroffenen Abgrenzungen von inhaltsbestimmenden Willenstatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzung gilt es nunmehr, die Rechtsbedingung im Rahmen dieses aus beiden Teilen bestehenden Gesamttatbestandes einzuordnen und abzugrenzen. Festzuhalten ist zunächst, daß die Rechtsbedingung den gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zuzuordnen ist. Ebenso wie bei der auf dem Parteiwillen beruhenden Wirksamkeitsvoraussetzung ist bei der gesetzlichen WV und damit auch bei der condicio iuris lediglich der Eintritt oder der Fortbestand der Rechtswirkung bedingt. Der Eintritt einer bestimmten Wirkung setzte jedoch begriffsnotwendig den inhaltsbestimmenden Willenstatbestand

---

1) Schönke-Kuchinke, ZPO, S.266; ebenso Manigk in Handwörterbuch der RW, Bd. V, S.855

2) Rosenberg, Die Beweislast, S.105; er spricht in diesem Zusammenhang von Ergänzungsnormen, die der Hauptnorm, sei es im Tatbestande, sei es in der Wirkung, hinzuzudenken sind und vom Kläger zu beweisen sind.

3) Rosenberg, a.a.O. S.116

voraus. Deshalb geht es nicht an, in den Fällen eines noch fehlenden inhaltlichen Willenstatbestandstückes bereits von einer Rechtsbedingung zu sprechen, da ansonsten die Grenzen verwischt würden und vor allem die später zu erörternden Zwischenwirkungen nicht zu erklären wären. Geht man somit davon aus, daß die Rechtsbedingung auf Seiten der gesetzlichen WV steht, so ist nunmehr nach einem klaren Abgrenzungsmerkmal diesen gegenüber zu suchen.
Oertmann[1] hat zunächst alle bei Geschäftsabschluß vorhandenen WV sowie die nicht nachholbaren WV aus dem Kreis der Rechtsbedingungen ausgeschlossen. Er hat dies damit begründet, daß es andernfalls an den für Bedingungen, und damit auch für die Rechtsbedingung, typischen Zwischenwirkungen, nämlich des einstweiligen Schwebezustandes, fehlen würde.

Diese Einschränkung auf die Fälle des nach Vorliegen des inhaltsbestimmenden Willenstatbestandes[2] noch ausstehenden gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen erscheint auch dann gerechtfertigt, wenn man auf den allgemeinen Bedingungsbegriff zurückgeht[3]. Danach bleiben - unabhängig davon, ob die Bedingung auf Parteiwillen oder Gesetz beruht - als gemeinsame Begriffsmerkmale die Zukünftigkeit und die Ungewißheit des in bezug genommenen oder des vom Gesetz geforderten Umstandes bestehen.

Will man zur besseren Übersicht eine Einteilung vornehmen, so kann man als Oberbegriff - und als Gegensatz zum inhaltsbestimmenden Willenstatbestand - die Wirksamkeitsvoraussetzungen vorwegzustellen. Diese Wirksamkeitsvoraussetzungen können ihrerseits entweder auf Parteiwillen (gewöhnliche Bedingung) oder auf gesetzlicher Vorschrift beruhen. Innerhalb der Gruppe der gesetzlich geforderten WV gibt es solche, die bereits vor oder spätestens bei Geschäftsabschluß vorliegen müssen, während andere - eben die condiciones iuris - zu diesem Zeitpunkt noch ausstehen können und nachträglich bei ihrem Eintritt die volle Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführen.

---

1) Oertmann a.a.O. S.28
2) nebst weiteren u.U. für den Errichtungsakt erforderlichen realen Vorgängen oder amtlichen Akten
3) So Egert a.a.O. S.32

Als (aufschiebende[1]) Rechtsbedingungen lassen sich danach die von der Rechtsordnung aufgestellten Erfordernisse bezeichnen, die im Rahmen des rechtsgeschäftlichen Gesamttatbestandes dem inhaltsbestimmenden Willenstatbestand zeitlich nachfolgen und mit diesem über den Eintritt der Vollrechtswirkung entscheiden. Mit dem "inhaltsbestimmenden Willenstatbestand" erhält man, anders als bei der von Oertmann geschaffenen Begriffsbestimmung, ein klar bestimmbares und praktisch verwendbares Unterscheidungsmerkmal. Zwar bedient sich auch Oertmann zur Trennung von "eigentlichem" Tatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzung der Abgrenzung dem Inhalt nach und erkennt dies als die wesentliche Ursache für den Eintritt der Rechtswirkung. Er füllt diesen Begriff jedoch nicht weiter aus und verwendet ihn bei seiner späteren Untersuchung von Einzelfällen auch nicht konsequent. Vielmehr geht Oertmann gleich auf die Rechtsfolgen ein, indem er die Wirksamkeitsvoraussetzungen, die er noch nicht abgegrenzt hat, nur über das "ob", den eigentlichen Tatbestand hingegen über das "was" entscheiden läßt[2]. Bei diesem Vorgehen ist es verständlich, daß er, ohne Einzelfälle untersucht zu haben, vorab bereits allgemeine Wahrscheinlichkeitsregeln zum Erkennen von Wirksamkeitsvoraussetzungen, wie z.B. die der Rückwirkung aufstellt.[3] Dieser Weg ist jedoch, wie er selbst vorher festgestellt hat[4], unzulässig. Wenn überhaupt von einer Gemeinsamkeit aller Wirksamkeitsvoraussetzungen gesprochen werden kann, dann frühestens erst unter Zuhilfenahme eines Differenzierungsmerkmales nach einer umfassenden Einzelfalluntersuchung.

4. Die stillschweigende Bedingung

Die condicio tacita wurde, vor allem in der gemeinrechtlichen Literatur, häufig mit der condicio iuris gleichgesetzt.[5]

---

1) Neben den aufschiebenden Rechtsbedingungen gibt es - wie bei der geschäftlichen Bedingung - auch auflösende Rechtsbedingungen, die die zunächst eingetretenen Wirkungen später rückwirkend beseitigen (z.B. §§ 109 Abs. 1, 111 BGB). Im Gegensatz zu den aufschiebenden Rechtsbedingungen sind jene jedoch weit weniger häufig und geben - sieht man einmal von ihrer Bedeutung hinsichtlich der Regelung der Beweislast ab - keinen Anlaß zu gesonderter Untersuchung.

2) Oertmann a.a.O., S.18

3) Oertmann a.a.O., S.55

4) Oertmann a.a.O., S.5

5) z.B. Fitting in AcP 39, 314; vgl. ferner Callmann a.a.O. S.13 m.w.N.

Beide Begriffe sind jedoch scharf auseinanderzuhalten, da es sich bei der c.t. im Gegensatz zur c.i. um eine echte Bedingung i.S. der §§ 158 ff BGB handelt. Zwar fehlt bei der c.t. die für eine Parteibedingung übliche ausdrückliche, d.h. wörtliche oder schriftliche Erklärung. Es ist jedoch anerkannt, daß eine derartige Erklärung nicht nötig ist. Vielmehr reicht es aus, wenn in den gesamten Umständen der Erklärung, vor allem in dem Verhalten der Parteien, erkennbar zum Ausdruck kommt, daß eine wahre Bedingung gemeint war. Diese Bedingung bezeichnet man als stillschweigende Parteibedingung. Der Grund für die Verwechslung der c.t. mit der c.i. mag darin zu sehen sein, daß die römischen Rechtsquellen gerade auch in zweifelhaften Fällen zum Teil für die Kennzeichnung einer condicio iuris Begriffe wie "condicio quae inest tacite" oder einfach "condicio tacita" verwendeten.[1] Die Quellen zeigen jedoch auch, daß man sich grundsätzlich über den Begriff der stillschweigenden Bedingung im klaren war.[2]
Im heutigen Erbrecht, das für die Auslegung des Parteiwillens breiten Raum bietet, hat der Gesetzgeber Auslegungsschwierigkeiten häufig dadurch umgangen, daß er ausdrückliche Auslegungsregeln aufgestellt hat, die auf eine vermutete, stillschweigende condicio fakti hindeuten, wie u.a. die allgemeinen Auslegungsvorschriften bei der letztwilligen Verfügung (§§ 2074 ff BGB) und der Fall der kinderlosen Vorerben (§ 2107 BGB) beweisen.
Wenn auch heute eine derartige Verwechslung kaum noch eine Rolle spielt, so findet man hin und wieder immer noch die Gleichsetzung von c.i. und c.t.[3]. Zur deutlicheren Abgrenzung von der Rechtsbedingung empfiehlt es sich, bei den vermuteten stillschweigenden Parteibedingungen von "condiciones tacite adjectae" bzw. "tacite expressae" zu sprechen.

5. Einzelfälle der Rechtsbedingung

Rechtsbedingungen begegnen vor allem in Gestalt notwendiger Genehmigungen. Deshalb sind diese bei der Einzelfalluntersuchung ihrer Wichtigkeit wegen an erster Stelle im Zusammenhang zu prüfen. Da die notwendigen Genehmigungen zahlreich sind und nicht alle denselben rechtlichen Ursprung haben, empfiehlt es sich, innerhalb der Genehmigungsfälle Untergruppierungen vorzunehmen.
Geht man vom Grund der Genehmigung aus, so bieten sich insofern zwei

---

1) z.B. D. 35, 1, 99; D. 36, 2, 25
2) z.B. D. 35, 1, 102; D. 19, 2, 54
3) vgl. Soergel-Siebert, a.a.O. Vorbem. vor § 158

große Einteilungen an, als man von einer Zustimmung (Einwilligung, Genehmigung) kraft Rechtsbeteiligung und einer Zustimmung kraft Aufsichtsrecht sprechen kann.

Im folgenden soll zunächst die Zustimmung kraft Aufsichtsrechts behandelt werden.

a. Die beschränkte Geschäftsfähigkeit

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig (§ 105 BGB) und genehmigungsunfähig[1]. Grund hierfür ist, daß die "Fähigkeit zur Selbstbestimmung Voraussetzung der rechtlichen Geltung des rechtsgeschäftlichen Handelns ist[2]" und ein "Nichts" nicht durch eine Genehmigung rechtlich zu einem "Etwas" werden kann[3]. Demzufolge bleiben für unsere Untersuchung nur die Fälle übrig, in denen die Vollwirksamkeit der von einer beschränkt geschäftsfähigen Person abgegebenen Willenserklärung aussteht, durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters jedoch eintritt.

Die in diesem Zusammenhang am meisten interessierende und direkt an das Problem heranführende Frage ist, in welchem Verhältnis die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu dem von einem Mündel und seinem Geschäftspartner geschlossenen Rechtsgeschäft steht. Zunächst könnte man an die Möglichkeit denken, wonach der gesetzliche Vertreter gleichsam als am Geschäft beteiligter Partner auftritt. Es könnte nämlich sein, daß er die Willenserklärung (des Minderjährigen) an den Vertragspartner als seine eigene Willenserklärung im Gewande der Genehmigung übermittelt. Dies würde bedeuten, daß der eigentliche Geschäftsakt und die inhaltliche Willensbildung vom Vertreter und nicht vom Minderjährigen vorgenommen würde.

Dieses Ergebnis beruht auf der früher vertretenen Auffassung, wonach der gesetzliche Vertreter als Rechtssubjekt anzusehen ist[4]. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, weil sie die Rolle, die der beschränkt Geschäftsfähige beim Geschäftsabschluß spielt, zu wenig berücksichtigt. Es würde dem gesetzlichen Vertreter eine fast rechtsbegründende Macht gegeben werden, während die Handlung des Minderjährigen eine bei der Rechtsentstehung untergeordnete Mitwirkungs-, wenn nicht sogar nur Vorbereitungshand-

---

1) Flume, a.a.O. S.190
2) Flume, a.a.O. S.182; Mot. I 129 f
3) Mot. I 172 f
4) Jhering a.a.O. § 60/1

lung darstellen würde. Ein Unterschied zwischen einem beschränkt Geschäftsfähigen und einem Geschäftsunfähigen wäre kaum noch erkennbar. Eine derartige Gleichstellung widerspricht aber dem Bürgerlichen Gesetzbuch, das dem beschränkt Geschäftsfähigen maßgeblichen Einfluß beim Zustandekommen des Rechtsgeschäfts zusteht, wie sich deutlich aus § 115 BGB erkennen läßt.

Eine andere, ernster zu nehmende Möglichkeit des Verhältnisses von Genehmigung zum Rechtsgeschäft ist die, sämtliche beim Zustandekommen des Rechtsgeschäfts und für seine Wirksamkeit benötigten Voraussetzungen als gleichwertige Geschäftsbestandteile anzusehen.
Bereits Oertmann hat sich in seiner Abhandlung über die Rechtsbedingungen gegen die von Siber geäußerte Meinung gewandt, wonach die Genehmigung als Bestandteil des Rechtsgeschäfts, zu dem sie erteilt wird, anzusehen sei. Oertmann begründet seine gegenteilige Auffassung wie folgt: Die Genehmigung könne nicht nur gegenüber dem Geschäftsgegner, sondern auch der Partei, deren Erklärung genehmigt werden solle, gegenüber erfolgen (§ 182 Abs. 1 BGB). Also sei der Geschäftsgegner zwar am genehmigten Geschäft, nicht aber am Genehmigungsgeschäft notwendig beteiligt. Deshalb könnten zwangsläufig beide nicht Bestandteile eines und desselben geschäftlichen Tatbestandes sein. Vor allem könne das genehmigungslose Verfügungsgeschäft selbst bei Richtigkeit der Auffassung Sibers noch keinen geschäftlichen Tatbestand bilden. Also ließen sich die rückwirkende Kraft der Genehmigung und der gutgläubige Erwerb kaum erklären[1]. Die Ansicht Sibers hat in der Folgezeit deshalb auch wenig Zuspruch gefunden. Allein Müller - Freienfels[2] hat sich ihr in neuerer Zeit mit teilweise beachtenswerten Argumenten angeschlossen. Auch er sieht die Genehmigung als Geschäftsbestandteil, als ein essentielles Erfordernis zum Rechtsgeschäft an. Die Erklärung des beschränkt Geschäftsfähigen, des Vertragspartners und die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bilden danach zusammen den Vertrag und sind gleichwertige Geschäftsvoraussetzungen . Für Müller - Freienfels ist es unhaltbar, daß die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters "nicht zum Tatbestand

---

1) Oertmann a.a.O. S.31 ff
2) Müller-Freienfels a.a.O. S.214 ff

des (vom Mündel geschlossenen) Rechtsgeschäfts gehört, sondern Bedingung seiner Wirksamkeit[1]" ist.
Das ist zwar folgerichtig. Aber der Standpunkt von Müller - Freienfels, wonach "die Frage, ob ein Akt rechtsgeschäftliches Tatbestandselement ist, ... sich nicht von seiner inhaltsgestaltenden Bedeutung aus beantworten (läßt)[2]", ist bereits oben abgelehnt worden[3]. Am vorliegenden Fall zeigt sich die Unhaltbarkeit seiner Meinung besonders deutlich.
Zum einen widerspricht die Ansicht, wonach die Genehmigung gleichwertiger Geschäftsbestandteil ist, dem Wortlaut des Gesetzes, das für die Zustimmung allgemein in § 182 BGB geregelt hat: "Hängt die Wirksamkeit von der Zustimmung eines Dritten ab, ...". Zum anderen handelt es sich in den Fällen der beschränkten Geschäftsfähigkeit nach § 104 ff BGB durchweg um Personen, die wegen fehlenden Alters bzw. fehlender Einsichtsfähigkeit eines besonderen Schutzes bedürfen. Dieser Schutzgedanke ist jedoch nicht mit dem eigentlichen Geschäft selbst, d.h. mit dem Geschäftsinhalt oder dem Geschäftszweck, verbunden.
Die Genehmigung ist nicht der wesentliche Grund der Rechtsfolge. Sie bildet nicht den eigentlichen, d.h. die Geschäftswirkung tatsächlich begründenden, Tatbestand. Dies können nur Umstände sein, die einen bestimmten Rechtserfolg unmittelbar bezwecken und für ihn nach dem gesetzlichen Tatbestand notwendig sind. Ob eine bestimmte Person beschränkt geschäftsfähig ist oder nicht, ist keine allgemeine, für alle Rechtsgeschäfte bedeutsame Frage und auch kein besonderes Erfordernis des konkret vorliegenden Rechtsgeschäfts. Erfordernisse wie z.B. die Geschäftsfähigkeit sind daher niemals Grundlage der konkreten Rechtsfolgen.
Müller - Freienfels hat für die Bevollmächtigung (und dies hat natürlich auch für die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu gelten) selbst eingestanden, daß die Bevollmächtigung kein Tatbestandsmerkmal eines konkreten Geschäftstyps ist. Vergegenwärtigt man sich, daß nach dem Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuches die Geschäftsfähigkeit der Normalfall, die beschränkte Geschäftsfähigkeit dagegen die Ausnahme bildet, so wird das hier gewonnene Ergebnis noch klarer. Es wäre seltsam, wenn bestimmte Rechtsfolgen normalerweise lediglich an das Vorhandensein übereinstimmender Willenserklärungen geknüpft sind, dies jedoch bei Beteili-

---

1) Müller-Freienfels a.a.O. S.377
2) Müller-Freienfels a.a.O. S.215
3) s.S. 35 f

gung eines beschränkt Geschäftsfähigen sich plötzlich ändern sollte, insofern nämlich, als dann die nach dem Gesetz erforderliche, aber den Inhalt des konkreten Geschäfts nicht mitbestimmende Genehmigung mit als essentielles Moment für die Rechtsfolge zu gelten hätte.
Im Ergebnis ist also die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters lediglich eine den Geschäftsinhalt und -typus nicht mitbeeinflussende gesetzliche Voraussetzung seiner Wirksamkeit und ist, da zeitlich dem inhaltsbestimmenden Willenstatbestand der Parteien nachfolgend, als Rechtsbedingung anzusehen.
Jedoch darf die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, obwohl selbstständiges Rechstgeschäft [1], nicht allein für sich betrachtet werden, sondern ist immer nur im Zusammenhang des rechtsgeschäftlichen Gesamttatbestandes zu sehen. Nur das rechtsgeschäftliche Handeln des Minderjährigen und seines Vertragspartners nebst der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters in ihrer Eigenschaft als zusätzliche, von der Rechtsordnung aus Gründen des Rechtsschutzes geforderte Wirksamkeitsvoraussetzung, bilden zusammen den die Rechtsfolge begründenden Tatbestand.

b. Die behördliche Genehmigung

Wegen der Verwandschaft zur Genehmigung des gesetzlichen Vertreters sei als nächstes die behördliche Genehmigung betrachtet. Hier wie dort sind die Parteien, was die Rechtsfolgen ihrer Handlungen betrifft, nicht völlig frei. Zwischen ihren Handlungen und dem Wirkungseintritt ist rechtlich eine Sperre eingeschaltet, indem zusätzlich - entweder der gesetzliche Vertreter oder eine Behörde - zustimmen muß.
Das oben gewonnene Ergebnis, wonach die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters als gesetzliche WV anzusehen ist, hat auch Auswirkung auf alle anderen Genehmigungsfälle, vor allem aber auf die behördliche Genehmigung. Anhand der behördlichen Genehmigung wird die hier vertretene Auffassung noch einleuchtender. Wenn man bei der gesetzlichen Vertretung u.U. noch zu dem Ergebnis gelangen konnte, die Genehmigung mit zum inhaltsbestimmenden Willenstatbestand zu zählen, insofern man eben den Schutz des Mündels miteinbezog und die Handlung des gesetzlichen Vertreters gleichsam als rechtsbegründend wertete und mit zum

---

1) hM u.a. Flume a.a.O. S.890; Planck a.a.O. § 182 Bem. 2; Staudinger-Coing a.a.O. Bem. 2 zu § 182; a.A. eben Siber a.a.O. S.137 ff und Müller-Freienfels a.a.O. S.200

eigentlichen Geschäftsakt zählte, so trägt dieses Argument bei der behördlichen Genehmigung noch weniger.

Im Gegensatz zum ersteren Fall stehen sich hier grundsätzlich voll geschäftsfähige Personen gegenüber, die ihre Rechtsbeziehungen normalerweise völlig selbständig und ohne "Bevormundung" regeln können.

Die behördliche Genehmigung soll nach der gesetzlichen Systematik oft den Ausnahmefall bilden. Sie taucht aber heute in nahezu allen Rechtsbereichen auf und ist vielfach im Regelfall erforderlich. Jeweils soll sie aber den Grundsatz der Privatautonomie in seinem Gehalt nicht antasten. Die Prüfung eines von Privatpersonen geschlossenen Rechtsgeschäfts, das einer behördlichen Genehmigung bedarf, soll unter rein öffentlich-rechtlichen Aspekten erfolgen. Es soll geprüft werden, ob anderweitig öffentlich-rechtliche Vorschriften dem Begehren der Parteien entgegenstehen. Damit liegen zwei völlig verschiedene Ebenen vor, nämlich das in privatrechtlicher Sphäre abgeschlossene Rechtsgeschäft der Parteien einerseits, die Prüfung des Rechtsgeschäfts durch die Behörde unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten andererseits. Hier wird ganz klar, daß diese - sich als Verwaltungsakt darstellende - Genehmigung in keinem Fall mit zum eigentlichen Geschäftsakt gehören kann. Nur die Parteien bestimmen Inhalt und Typ des Rechtsgeschäfts. Die Genehmigung seitens der Behörde kann hierzu nichts mehr beitragen, denn ihr fehlt die inhaltsbestimmende Kraft. Sie hat nur für die Frage Bedeutung, ob das Rechtsgeschäft endgültig wirksam wird oder nicht.

Die behördliche Genehmigung ist daher als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung, und, da dem inhaltsbestimmenden Willenstatbestand zeitlich nachfolgend, als Rechtsbedingung einzuordnen.

c. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

Sowohl die Eltern als auch der Vormund bedürfen zu gewissen Rechtsgeschäften, die sie für das Mündel vornehmen, einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (vgl. §§ 1643, 1821, 1822 BGB). Grund für eine derartige Regelung ist, bei besonders gefährlichen und in ihrer Bedeutung für das Mündel weitreichenden Rechtsgeschäften neben Eltern und Vormund eine unabhängige Stelle, eben das Vormundschaftsgericht, überprüfen zu lassen, ob das beabsichtigte Geschäft und seine Rechtsfolgen im Interesse des Mündels liegen.

In derartigen Fällen, die sowohl im Bereich der Personenfürsorge als auch bei der Vermögensverwaltung vorkommen, hat der Vormund zunächst die

grundsätzlich erforderliche gesetzliche Vertretungsmacht, die jedoch allein nicht ausreicht, sondern durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erweitert[1] werden muß. Es wird also die eingeschränkte Vertretungsmacht des Vormunds zu einer unbeschränkten[2].

Welcher Rechtsnatur die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist, ist bestritten.

Die Entscheidung RGZ 25, 281 ff, die noch das Preußische Recht betraf, betrachtet die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als Rechtsgeschäft, da sie in ihren Wirkungen der Genehmigung des Vormundes entspreche. Ab RGZ 71, 170 ff war man zu der Ansicht gelangt, daß die Genehmigung nicht nur ein Rechtsgeschäft sei, sondern daneben auch einen hoheitlichen Akt darstelle. Dieser Ansicht hat sich die wohl hM angeschlossen[3]. Hierzu wird angeführt, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung "einen wesentlichen Bestandteil" des vom Vormund vorgenommenen genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts darstelle, somit Doppelnatur habe. Nahezu ebenso oft wird jedoch die Meinung vertreten, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in Ausübung der staatlichen Fürsorge als ein Staatsakt vorgenommen werde, ohne aber eine Willenserklärung bzw. ein Staatsakt mit Einschlägen einer Willenserklärung zu sein.[4] Danach ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts selbst kein Akt der Vertretung des gesetzlichen Mündels. Irgendwelche unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Wirkungen werden somit durch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in der Sphäre des Mündels nicht hervorgerufen.

---

1) vgl. auch Mot. IV, 1136

2) so Dölle: Familienrecht, § 128 VI, S.788

3) RGZ 121, 36; 137, 324 (345); OLG Karlsruhe in JFG 2, S.121; Palandt-Diederichsen, § 1828 Anm.2a: Die Gen. des V.G. wird damit zum wesentlichen Bestandteil des vom Vormund vorzunehmenden Rechtsgeschäfts, hat also auch privatrechtl. Wirkungen und insofern rechtsgeschäftliche Eigenschaften. RGRK § 1828 Anm. 1; O. Lange in AcP 152, 245; Schlegelberger: FGG §16 Anm. 19

4) Dölle: Familienrecht, § 128 VI; Beitzke: Familienrecht, § 37 IV; Müller-Freienfels a.a.O. S.384; Müller in JR 62, S.328; Habscheid in Fam. RZ 57, S.112; Kipp-Wolff, BGB, § 115 VI 1; Lehmann: Familienrecht § 35 I 4; Erman-Hefermehl, BGB, 1 und 3 zu § 1828; Keidel, FGG Anm. 4 zu § 55; KGJ 53 A 141 (143); KG in Recht 1920, Nr. 922

Nur die gesetzliche Vertretungsmacht des Vormunds wird entsprechend erweitert.

Rechtlicher Ausgangspunkt für eine tatbestandliche Einordnung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung muß § 1829 Abs.1 BGB sein. Nach seinem Wortlaut soll die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abhängen. Dies spricht dafür, daß die Genehmigung "lediglich" über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts entscheiden soll, daß ihr aber ein Einfluß auf den Inhalt des vorliegenden, genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts verwehrt sein soll. Dennoch erscheint es unangebracht, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung mit den sonstigen behördlichen Genehmigungen gleichzusetzen. Im vorliegenden Fall hat das Vormundschaftsgericht nämlich eine weitergehende "selbstverantwortliche, sozialrechtliche" Tätigkeit[1]. Während sonst nur unter rein öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten geprüft wird, ob dem Rechtsgeschäft Bedenken entgegenstehen, geht hier die Prüfungspflicht, da eine ganz besondere Aufsichts- und Schutzpflicht besteht, sehr viel weiter. Andererseits wäre es aber voreilig, angesichts dieser besonderen Situation den Schluß zu ziehen, die Genehmigung als ein mit zum inhaltsbestimmenden Willenstatbestand zählendes Element anzusehen. Vor allem auch § 1829 Abs.3 BGB stützt die gegenteilige Ansicht, der besagt, daß bei Volljährigkeit des Mündels dessen Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts tritt. Ein Vergleich mit § 108 Abs.3 BGB zeigt, daß der Gesetzgeber den Mangel der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ähnlich wie die fehlende Genehmigung des Vormunds zum Geschäft des beschränkt Geschäftsfähigen nach § 108 Abs.3 BGB behandelt wissen wollte. Hier wie dort liegt der eigentliche Grund für die rechtsgeschäftliche Geltung im privatrechtlichen Abschlußakt. Auch die Vormundschaftsgenehmigung bezweckt die Gleichstellung des beschränkt Geschäftsfähigen mit voll geschäftsfähigen Personen; dies zeigt ihre Nähe zur Genehmigung des Vormundes. Die Mitwirkung des Gerichts bezieht sich trotz der eingehenden Prüfungspflicht letztlich nur auf die Entscheidung, ob es das Rechtsgeschäft wirksam werden läßt oder nicht. Inhaltlich kann es das Rechtsgeschäft nicht verändern.

Dieses Ergebnis wird durch § 1825 Abs.1 BGB erhärtet, wonach dem Vormund zu besonderen Rechtsgeschäften aus Gründen einer ausreichenden

---

1) Müller-Freienfels a.a.O. S.384

Beweglichkeit bei der Teilnahme am Wirtschaftsleben[1] eine allgemeine Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht erteilt werden kann[2].
Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß das Rechtsgeschäft unter der Rechtsbedingung der vormundschaftlichen Genehmigung steht. Hierbei ist jedoch eine weitere Besonderheit zu beachten. Gem. § 1829 Abs. 1 S.2 BGB wird die Genehmigung (bzw. ihre Verweigerung) dem anderen Teil gegenüber erst dann wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund mitgeteilt wird. Dies soll dem Vormund nochmals Gelegenheit geben, über die Sinn- und Zweckmäßigkeit des genehmigten Rechtsgeschäfts nachzudenken und erst dann eine Entscheidung zu treffen. Der Erlaß der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung reicht daher allein nicht zum Eintritt der Wirksamkeit aus. Die Genehmigung muß dem Vormund (und nur ihm[3]) mitgeteilt werden, der dann durch die Weitergabe an den Dritten das Geschäft wirksam werden lassen kann. Diese besondere Notwendigkeit, die Genehmigung dem Vertragsgegner mitzuteilen, stellt ein weiteres gesetzliches Wirksamkeitserfordernis dar. Das Rechtsgeschäft steht unter doppelter Rechtsbedingung.

d. Die Genehmigung des Gegenvormundes

Gem. § 1792 Abs. 2 BGB soll ein Gegenvormund bestellt werden, wenn mit der Vormundschaft eine nicht unerhebliche Vermögensverwaltung verbunden ist. Aufgabe des Gegenvormundes ist es, alle dem Vormund obliegenden Angelegenheiten nachzukontrollieren. Er führt also nicht die Vormundschaft und ist nicht etwa der gesetzliche Vertreter des Mündels. Wie § 1832 BGB zeigt, sind wegen der in etwa vergleichbaren Funktion des Gegenvormundes und des Vormundschaftsgerichtes die für das Gericht geltenden §§ 1828-1831 BGB entsprechend anwendbar.
Nach überwiegender Ansicht[4] ist die Genehmigung des Gegenvormundes ein Rechtsgeschäft. Versucht man, die Genehmigung des Gegenvormundes in die Tatbestandslehre einzuordnen, so kann sich nichts anderes ergeben als bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Auch hier soll das Mündel durch Genehmigung am rechtsgeschäftlichen Verkehr beteiligt werden. Diesen Zweck verfolgen auch die Genehmigungen des Vormundschaftsgerichtes. Der einzige Unterschied besteht in der Absicht, bei

---

1) Soergel-Siebert-Germer a.a.O., § 1825 Anm. 1
2) so auch Oertmann a.a.O. S.217
3) vgl. RGZ 59, 277 (278)
4) u.a. Soergel-Siebert-Germer a.a.O. § 1832 Anm. 1;
Erman-Hefermehl a.a.O. § 1832 Anm. 1

besonders gelagerten Rechtsgeschäften die Genehmigung z.B. des Vormundes nicht ausreichen zu lassen. Dies ändert jedoch nichts daran, die Genehmigung als sekundär gegenüber dem Prinzip anzusehen, daß Privatrechtsgeschäfte grundsätzlich wirksam von Privatpersonen vorgenommen werden sollen und können. Nur die privatrechtlichen Erklärungen geben hier dem Rechtsgeschäft seinen Inhalt; die Genehmigung hat im vorliegenden Fall nur Prüfungs- und Kontrollfunktion.

Somit stellt sich die Genehmigung des Gegenvormundes als eine Wirksamkeitsvoraussetzung, und, da vom Gesetz gefordert und dem inhaltsbestimmenden Willenstatbestand nachfolgend, als Rechtsbedingung dar.

e. Die Kindesannahme Minderjähriger gem. §§ 1741 ff BGB

Durcn das Adoptionsgesetz vom 2.7.1976 wurde das bisherige Adoptionsrecht neu gefaßt und auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt.
Nach altem Recht wurde die Annahme als Kind gem. § 1741 BGB durch Vertrag zwischen Adoptivkind und Adoptiveltern, welcher der gerichtlichen Bestätigung bedurfte, begründet. Dagegen gilt nach der Adoptionsnovelle mit Wirkung vom 1. Januar 1977 das sog. Dekretsystem. Danach erfolgt die Annahme als Kind auf Antrag des Adoptionsbewerbers durch Ausspruch des Vormundschaftsgerichtes, wobei die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter bzw. des Kindes gem. § 1746 BGB vorliegen muß.
Bei der alten gesetzlichen Regelung war zweifelhaft, wie die gerichtliche Bestätigung des Adoptionsvertrages tatbestandlich einzuorden war. Siber[1] betrachtete sie als Geschäftsbestandteil, bei der die Behörde den Parteiwillen zu legalisieren habe. Oertmann[2] vertrat die Auffassung, wonach die Bestätigung des § 1741 BGB a.F. als selbständiges und gleichwertiges Tatbestandsstück aufzufassen sei. Richtigerweise wird man jedoch sagen müssen, daß die gerichtliche Bestätigung i.S. des § 1741 BGB a.F. trotz Überprüfung des Adoptionsvertrages auf seine Gültigkeit zu seinem Inhalt in keiner direkten Beziehung stand. Grundsätzlich geht das bürgerliche Recht von der vollen Geschäftsfähigkeit und damit davon aus, daß die Parteien (ohne jegliche Beschränkungen) ihre rechtsgeschäftlichen Beziehungen zueinander regeln können. Daher erschien die gerichtliche Bestätigung der Kindesannahme als Abweichung vom Regelfall, so daß sie als

---

1) Siber a.a.O. S.126
2) Oertmann a.a.O. S.218

eine außerhalb des inhaltsbestimmenden Willenstatbestandes stehende Rechtsbedingung anzusehen war.

Durch die völlige Neugestaltung des Adoptionsrechtes ist dieser Streit weggefallen. Im Annahmeverfahren werden nunmehr der bisherige Vertragsschluß, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und die Bestätigung zusammengefaßt. [1)]

Anders als nach altem Recht, bei der die gerichtliche Bestätigung in bezug auf Willensmängel und Verfahrensfehler nur sehr beschränkte Wirkungen zeitigte (vgl. § 1756 BGB a.F.), werden nunmehr durch den Beschluß Willensmängel und Verfahrensfehler geheilt.[2)] Selbst bei fehlendem Antrag oder bei fehlender Einwilligung des Kindes bzw. der Eltern ist der Beschluß unanfechtbar. In diesen Fällen besteht nur die Möglichkeit der Aufhebung gem. § 1760 BGB. Damit zeigt sich, daß anders als im früheren Adoptionsrecht die Wirkung der Kindesannahme allein durch den rechtsbegründenden Ausspruch des Gerichts hervorgerufen wird. Für eine Rechtsbedingung ist kein Raum mehr.

f. Die Genehmigung des Erben zu Geschäften des § 2205 S.3 BGB

Grundsätzlich ist der Testamentsvollstrecker gem. § 2205 S.1 BGB zur Vornahme aller Handlungen befugt, die den Zwecken der Testamentsvollstreckung dienen. Nach § 2205 S.3 ist er zu unentgeltlichen Verfügungen jedoch nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Bestritten ist, ob Verfügungen des Testamentsvollstreckers entgegen § 2205 S.3 BGB durch Zustimmung des (der) Erben geheilt werden können[3)].

Vorliegendes Problem soll, da nicht Gegenstand der Untersuchung, sondern eine Entscheidung nur Voraussetzung dafür ist, an unser Thema heranzuführen, nicht im einzelnen geprüft werden. Es soll vielmehr nur kurz Stellung bezogen werden.

---

1) Lüderitz in NJW 76, 1865 (1869)

2) Lüderitz a.a.O.

3) Bejahend: LG Bremen in RpflJb 67, S.411 mit zust. Anm. von Haegele; Brox Erbrecht, § 27 V 3b; Staudinger-Dittmann a.a.O. § 2205 Anm. 37; Haegele in RpflJb 57, S.147 (150) m.w.N.;
Verneinend: RGZ 74, 218; 105, 246 ff; OLG Düsseldorf in NJW 63, S.163; Oertmann a.a.O. S.210; Unentschieden: BGH in NJW 62, S.1718.

Nach wohl hM wird dem Erben durch die Bestellung eines TV jegliche Verfügungsbefugnis, (und zwar auch die Befugnis, Verfügungen zuzustimmen), genommen. Ein derart konsequenter und strenger Standpunkt ist jedoch nicht angebracht. Denn die Beschränkung des TV ist nicht auf den Erblasserwillen zurückzuführen. Im Vordergrund der Regelung des § 2205 S.3 steht vielmehr, daß die Erben vor einer Verschleuderung des Nachlasses geschützt werden sollen. Hat der TV jedoch alle Verbindlichkeiten aus dem Nachlaß getilgt und stimmt der Erbe einer derartigen Verfügung des TV zu, so besteht kein ersichtlicher Grund mehr, die Verfügung unwirksam sein zu lassen. Voraussetzung muß natürlich sein, daß die Verfügung nicht gegen den Willen des Erblassers verstößt. Die unentgeltliche Verfügung des TV wird daher durch die Genehmigung des (der) Erben "geheilt", d.h. wirksam. Diese Genehmigung bildet nur eine Voraussetzung für den Eintritt der Wirksamkeit der Verfügung. Dies erklärt sich aus der Stellung des TV, der grundsätzlich die Verwaltungsbefugnis über den Nachlaß innehat. Wenn auch der Begriff der Verwaltung vornehmlich diejenigen Maßnahmen, die zur Vermehrung, Erhaltung und Nutzung vonnöten sind, umfaßt,[1] und deshalb eine unentgeltliche Verfügung nicht ganz in diesen Rahmen zu passen scheint, so muß man, konsequenterweise, wenn man diese mit Zustimmung zuläßt, doch davon ausgehen, daß auch in diesem Fall der TV in seiner Eigenschaft als Verwalter selbständig und ohne daß der Erbe inhaltlich noch auf das Rechtsgeschäft Einfluß nehmen kann, handelt. Diese Stellung des TV wird besonders deutlich durch § 2206 Abs. 2 BGB, wonach der Erbe verpflichtet ist, zu gewissen Rechtsgeschäften des TV seine Einwilligung zu erteilen. Diese Beiziehung des Erben ist nur mit Rücksicht auf § 2219 erlassen. Darüber hinaus soll geklärt werden, ob die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist[2]. Mit der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts selbst hat sie nichts zu tun. Die Verweigerung macht weder ein wirksames unwirksam noch die Erteilung eines unwirksamen wirksam[3], da der TV seine Legitimation nicht vom Erben herleitet. Nur im Falle des atypischen § 2205 S.3, bei der wir die Genehmigung zugelassen haben, stellt sich diese als ein für die Wirksamkeit der Verfügung maßgebendes Erfordernis, als eine Rechtsbedingung, dar.

---

1) Soergel-Siebert-Müller a.a.O. § 2205 Anm. 3
2) Staudinger-Dittmann a.a.O. § 2206 Anm. 13
3) Erman-Heuse a.a.O. § 2206 Anm. 3

g. Die Genehmigung des Testamentsvollstreckers im Falle des § 2211 BGB

§ 2211 Abs. 1 BGB bestimmt, daß der Erbe über einen der Verwaltung des TV unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen kann, wobei jedoch nach Abs. 2 die Gutglaubensvorschriften Dritten gegenüber entsprechende Anwendung finden.

Vorbehaltlich des Gutglaubensschutzes sind die Verfügungen des Erben schlechthin unwirksam [1]; es besteht daher nicht nur ein Veräußerungsverbot i.S. des § 135 BGB, sondern ein Ausschluß des gesamten Verfügungsrechtes, eine Verfügungsentziehung [2]. Demzufolge sind Verfügungen des Erben über den Nachlaßgegenstand unwirksam, können jedoch durch Genehmigung des TV (oder durch Niederlegung des Testamentsvollstreckeramtes) nachträglich gem. § 185 II 1 BGB unwirksam werden [3].

Auch in diesem Falle handelt es sich nicht um ein dem inhaltsbestimmenden Willenstatbestand zugehöriges Element. Dies ergibt sich daraus, daß dem Erben lediglich die Verwaltungsbefugnis entzogen ist, seine übrige Rechtsstellung jedoch unangetastet bleibt. Auf Grund dieser im übrigen bestehenbleibenden Rechtsstellung kann er Inhalt und Typ des Rechtsgeschäfts selbst bestimmen. Für die der Verwaltung des TV unterliegenden Gegenstände bedarf er jedoch der Einwilligung oder Genehmigung. Die Handlungen des TV haben keinerlei bestimmenden Einfluß auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts; sie sind gesetzliche Bedingungen seiner Wirksamkeit. Die hier interessierende Genehmigung ist somit, da dem vom Erben vorgenommenen inhaltsbestimmenden Willenstatbestand nachfolgend, als Rechtsbedingung einzustufen.

h. Die Genehmigungsfälle nach §§ 133, 134, 129 KO

1. Nach §§ 133, 134 KO bedarf der Konkursverwalter zu gewissen Geschäften der Genehmigung des Gläubigerauschusses, sofern ein solcher bestellt ist, bzw. der Genehmigung der Gläubigerversammlung.

Es fragt sich, welcher Rechtsnatur die Genehmigung ist (wobei es sich in den meisten Fällen um eine vorherige Erlaubnis handeln wird, da sonst die Schutzvorschriften zwecklos wären). [4]

Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, zunächst auf die allge-

---

1) RG in LZ 31, S.1325
2) Palandt-Keidel a.a.O. § 2211 Anm. 1b;
   Soergel-Siebert-Müller a.a.O. § 2211 Anm. 1 m.w.N.;
3) RGZ 87, 432 (433); RG in Gruchot Bd. 59 S.743 ff
4) Jaeger, KO § 134 Anm. I 2

meine Befugnis des KV einzugehen. Gem. § 6 Abs.1 KO verliert der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Konkursverfahrens die Verwaltungsbefugnis. Diese wird von diesem Zeitpunkt ab durch den KV ausgeübt, der es u.a. ermöglichen soll, daß das dem Konkurs unterliegende Vermögen zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger verwendet wird. Auf Grund der weitreichenden Bedeutung einzelner Maßnahmen hat der KV jedoch nicht allein freie Hand, sondern er bedarf hierzu der Genehmigung der nach dem Gesetz erforderlichen Stellen. Deshalb könnte man der Ansicht sein, die Genehmigung wäre Voraussetzung für die Wirksamkeit des zwischen KV und dem Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfts. Nach § 136 KO wird jedoch die Gültigkeit derartiger Rechtshandlungen des KV durch die Vorschriften der §§ 133, 134 KO Dritten gegenüber nicht berührt. Das abgeschlossene Rechtsgeschäft ist also auch ohne die erforderliche Genehmigung bzw. sogar bei Verweigerung derselben vollwirksam [1]. Dies wird damit begründet, daß es dem Dritten nicht zumutbar sei, umfangreiche Nachprüfungen über die u.U. die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hindernden konkursrechtlichen Fragen anzustellen [2]. Der KV ist daher in den vom Gesetz vorgeschriebenen Grenzen völlig frei; er bestimmt Inhalt und nähere Einzelheiten des Rechtsgeschäfts. Gläubigerausschuß bzw. Gläubigerversammlung haben auf den Inhalt des Geschäfts keinerlei Einfluß. Ihre Teilnahme - im Falle der §§ 133, 134 KO - stellt lediglich eine Maßnahme der inneren Verwaltung des Geschäftsganges dar [3]. Demgemäß kann ein Verstoß des KV auch nur haftungsrechtliche Konsequenzen haben (persönliche Haftung des KV aus § 82 KO gegenüber allen am Konkursverfahren Beteiligten). Da die Erteilung bzw. Verweigerung der Genehmigung im vorliegenden Fall keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des vom KV vorgenommenen Rechtsgeschäfts hat, liegt keine Rechtsbedingung vor.

2. Demgegenüber besteht bei § 129 KO, wonach der Verwalter mit Genehmigung des Gerichts (bzw. des Gläubigerausschusses) dem Gemeinschuldner und dessen Familie einen notdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren kann, eine andere Situation. In diesem Fall läßt sich die Wirksamkeit der Maßnahme des KV nicht wie bei §§ 133, 134 KO damit begründen, daß der am Rechtsgeschäft beteiligte Dritte, da über den Stand des

---

1) Dies gilt natürlich nur bei Rechtshandlungen des KV, die innerhalb der gesetzlichen Befugnisse liegen. So Mentzel / Kuhn: KO § 136

2) vgl. Mot. II, S.356

3) vgl. Mentzel / Kuhn a.a.O.; Jaeger a.a.O. m.w.N.

Konkurses nicht informiert und eine Informationspflicht des KV gegenüber Dritten nicht zumutbar ist, geschützt werden müsse. Hier ist "Partner" des KV der Gemeinschuldner, dessen Vermögen der KV verwaltet.
Dem Gemeinschuldner wird man wohl unterstellen können, daß er sich in "seinem" Konkursverfahren auskennt. Daß der Gesetzgeber bei fehlender Genehmigung im Falle des § 129 KO nicht dieselben Rechtsfolgen wie bei §§ 133, 134 KO beabsichtigt hat, zeigt auch dessen Nichterwähnung in § 136. Die Genehmigung nach § 129 KO stellt sich somit als eine den Eintritt der Vollwirksamkeit mitentscheidende Rechtsbedingung dar.

Hiermit sind die Fälle der Genehmigung kraft Aufsichtsrecht abgeschlossen.
Im folgenden sollen die Genehmigungsfälle kraft Rechtsbeteiligung besprochen werden.

a. Die Genehmigung der Geschäfte des Vertreters ohne Vertretungsmacht

Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag ab, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab (§ 177 BGB). Das Vertretergeschäft ist, da im Namen des Vertretenen erfolgt, "potentiell ein solches des Vertretenen"[1]. Durch die Genehmigung des Vertretenen wird es mit der Folge der Rückwirkung gem. § 184 Abs. 1 BGB zu seinem eigenen Geschäft.
Hier setzt bereits die heftige, auf Siber zurückzuführende Kritik von Müller - Freienfels ein[2]. Danach "begründet die Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen keine Vertretungsmacht, sondern führt lediglich eine Gesamtwirkung herbei". Deshalb bilde die Genehmigung kein selbständiges Rechtsgeschäft, sondern wiederum nur einen Rechtsgeschäftsbestandteil. Damit stellt sich M.-F. gegen die ganz hM[3], die Bevollmächtigung und Vertretergeschäft als zwei voneinander unabhängige und selbstständige Rechtsgeschäfte ansieht. Die hM betrachtet die Bevollmächti-

---

1) Flume: Das Rechtsgeschäft, § 47 Anm. 2 (S.800)
2) Müller-Freienfels a.a.O. S.202 ff
3) u.a. Enn.-N. a.a.O. § 204 I und II 1; v. Tuhr, A.T.S. 147 ff;
Manigk, Das rechtswirksame Verhalten S.118 ff; Oertmann a.a.O. S.23, 31, 211 m.w.N.

gung nicht als ein "essentielles Erfordernis"[1] des Rechtsgeschäfts, sondern lediglich als eine gesetzliche Voraussetzung für den Eintritt seiner Wirksamkeit. Dagegen läßt sich nach Ansicht von Müller - Freienfels bezüglich des Eintritts der Rechtsfolgen kein Unterschied zwischen den einzelnen Elementen des Rechtsgeschäfts feststellen. Bevollmächtigung (Genehmigung) und Vertretergeschäft seien vielmehr gleichwertig und gleich notwendig. Im Grunde greift Müller - Freienfels damit die zur hM gewordene und vom BGB übernommene Repräsentationstheorie an. Danach ist der eigentliche rechtsgeschäftliche Begründer der Vertretungswirkung allein der Bevollmächtigte. Das Geschäft wird als das, wie es sich nach außen darstellt, nämlich als Geschäft des Vertreters, betrachtet, wobei aber Wirkung und rechtsgeschäftliche Folgen den Geschäftsherrn treffen.
Müller - Freienfels sieht hierdurch den Grundsatz der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung als verletzt an. Die Privatautonomie bleibe nur dann unangetastet, wenn man Bevollmächtigung zusammen mit dem Vertretergeschäft als einheitliches Rechtsgeschäft begreife. Denn dann sei das Vertretergeschäft durch die in der Bevollmächtigung liegende Selbstbestimmung des Bevollmächtigenden zu einem Rechtsgeschäft des Vertretenen "emporgehoben" worden.
Auch Thiele[2] folgt (ähnlich wie Müller-Freienfels, jedoch nicht so weitgehend) der Trennung von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft nicht. Er verwendet vielmehr den Begriff eines Gesamttatbestandes privater Rechtsgestaltung.
Dennoch hat sich diese neuere Auffassung zu Recht nicht durchzusetzen vermocht. Allein der Vertreter vollzieht den Abschluß des Rechtsgeschäfts. Seine Handlungen und Erklärungen bilden, wenn auch vom Geschäftsherrn autorisiert, den inhaltsbestimmenden Willenstatbestand. Es ist nicht einsehen, inwiefern hierdurch der Grundsatz der Privatautonomie verletzt sein soll. Denn in der Autorisierung, d.h. der Erteilung der Vollmacht an den Vertreter, wird die Selbstbestimmung des Vertretenden verwirklicht[3]. Die Privatautonomie bleibt also gewahrt, wenn das Vertretergeschäft mittels der Bevollmächtigung auf den Grundsatz der Selbstbestimmung zurückge-

---

1) So Müller-Freienfels a.a.O. S.216
2) Thiele a.a.O. S.250
3) Flume, Das Rechtsgeschäft, § 34, 3; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx a.a.O. Vorb. zu § 164, Ziff. 15

führt wird. Folgerichtig dürfen die Voraussetzungen des Rechtsgeschäftes an die Person des Vertreters geknüpft werden. Also ist allein der rechtsgeschäftliche Wille des Vertreters entscheidend, wie sich zudem klar aus § 166 Abs. 1 BGB ergibt.

Allerdings wendet Müller - Freienfels ein, daß diese Bestimmung im Grunde nichts für oder gegen die Einbeziehung oder Nichteinbeziehung der Bevollmächtigung in das Rechtsgeschaft aussage. Denn sonst müßten auch angesichts der einseitigen Formbedürftigkeit des Bürgschaftsversprechens (§ 766 BGB), der Leibrente (§ 761), Schenkung und bei den §§ 780, 781 BGB der Schluß gezogen werden, daß dies keine Verträge, "sondern nur einseitige Rechtsgeschäfte des Schuldners mit Zustimmung des Gläubigers wären"[1]. Diesen Schluß habe aber bis heute keiner gezogen. Indes vermag auch diese Argumentation die Richtigkeit der Meinung von Müller-Freienfels nicht zu stützen. Mit dieser Begründung zieht er vielmehr zwei völlig verschiedene und ungleichartige Sachverhalte heran. Denn bei den von Müller-Freienfels aufgeführten Erklärungen stehen sich zwei Vertragsparteien, nämlich Gläubiger und Schuldner mit unterschiedlichen Interessen gegenüber. Bei den Zustimmungsfällen besteht hingegen dieser Interessenkonflikt gerade nicht. Hier steht der Bevollmächtigende "im Lager" des Vertreters.

Die Genehmigung gem. § 177 BGB stellt eine nachträgliche Machtverteilung, für den Bevollmächtigenden rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten einzugehen, dar. Insoweit beinhaltet sie auch die Selbstbestimmung des Vertretenen. Diese ist ein gesetzliches Erfordernis für jeglichen Abschluß eines Rechtsgeschäfts.

Da die Genehmigung somit nach Abschluß des inhaltsbestimmenden Willenstatbestandes des Bevollmächtigten erfolgt und lediglich Einfluß auf die Vollrechtswirkung des von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfts hat, liegt eine Rechtsbedingung vor.

b. Die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten

Gem. § 185 Abs. 2 BGB wird eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, dann wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn er von dem Berechtigten, der unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, beerbt wird. Diese Regelung stellt zwar insofern eine Verletzung des Offenheitsprinzips dar, als jemand im fremden Namen handelt, die Wirkung jedoch den wahren Rechtsinhaber trifft. Das Gesetz

---

1) Müller-Freienfels a.a.O. S.228 ff

hat diese Ausnahme jedoch für zulässig erachtet, weil es davon ausgehen konnte, daß der Erwerber bei Verfügungen meist nicht daran interessiert ist, zu wissen, wer der Berechtigte ist, solange er nur den Verfügungsgegenstand wirksam erwirbt[1]. Da die Genehmigung den Eingriff in einen fremden Rechtskreis heilt, fragt sich, ob sie mit zum inhaltsbestimmenden Willenstatbestand zu rechnen ist. Geht man davon aus, daß gewöhnlich der Inhaber des Rechts selbst verfügt, so gehört die Verfügungsbefugnis nicht mit zum konkreten Rechtsgeschäft. Sie ist vielmehr als ein allgemeines Erfordernis jeglicher Verfügung vonnöten. Die allgemeine Verfügungsbefugnis sagt nichts Näheres über das jeweils vorliegende Rechtsgeschäft aus, und zwar weder über seinen Inhalt noch über seinen Typus. Als Befugnis, mit einem bestimmten Gegenstand in einer bestimmtem Weise zu verfahren, ist sie zwar unentbehrliche gesetzliche Grundvoraussetzung für den Eintritt des Rechtserfolges; sie kann jedoch auf das Rechtsgeschäft selbst, das Gegenstand und Art der Verfügung näher festlegt, keinen Einfluß haben. Übt der Verfügungsberechtigte sein Recht nicht selbst aus, sondern gibt er, wenn auch nachträglich, die Verfügungsbefugnis an einen Nichtberechtigten weiter, so ist kein Grund ersichtlich, inwiefern sich die rechtliche Qualifikation dadurch ändern sollte.

Vor allem auch die Ausgestaltung des § 185 Abs. 2 BGB spricht dagegen, die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten mit zum inhaltsbildenden Willenstatbestand zu rechnen. Das Gesetz sieht den Mangel der Verfügungsbefugnis neben dem Fall der Genehmigung dann als geheilt an, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder, bei unbeschränkter Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten, den Berechtigten beerbt. Auch in diesen Fällen erhält der Nichtberechtigte also nachträglich die Verfügungsbefugnis und seine vorherige Verfügung wird als die eines Berechtigten angesehen. Diese Voraussetzungen für das Wirksamwerden von Verfügungen sind zwar in ihrer Wirkung völlig gleich, von ihrem rechtlichen Ursprung aus gesehen aber völlig unterschiedlich. Gemeinsam ist ihnen nur, daß bei allen dreien der Bezug auf das zugrundeliegende Rechtsgeschäft fehlt. Wenn bei der rechtlichen Einordnung der Genehmigung noch Zweifel auftreten konnten, so sind diese in den beiden anderen Fällen von vornherein nicht berechtigt. Beim Wirksamwerden der Verfügung durch nachträglichen Erwerb bzw. Erbfall des Verfügenden wird ganz deutlich, daß eine Beziehung auf den näheren Inhalt und die Ausgestaltung des Rechts-

---

1) Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx a.a.O. Vorbem. 17 zu § 182

geschäfts völlig fehlt. Diese Voraussetzungen treten von außen zum Rechtsgeschäft hinzu, indem sie die bis dahin bestehende Nichtberechtigung des Verfügenden aufheben. Wenn der Gesetzgeber in § 185 Abs. 2 BGB eine - von der Wirkung her gesehene - völlige Gleichstellung dieser unterschiedlichen Voraussetzungen mit der Genehmigung durch den Berechtigten vorgenommen hat, so läßt sich daraus nur der Schluß ziehen, daß die Genehmigung auch in diesem Falle als eine nachträgliche Voraussetzung für den Eintritt der Wirksamkeit, also als eine Rechtsbedingung, anzusehen ist.[1)]

c. Die Gläubigergenehmigung nach § 415 BGB

Im Gegensatz zu § 414 BGB, der die befreiende Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger regelt, ist gem. § 415 Abs. 1 BGB eine Schuldübernahme zwischen Übernehmer und Schuldner nur möglich, wenn der Gläubiger sie genehmigt.

Welcher Rechtsnatur die Gläubigergenehmigung gem. § 415 ist, ist äußerst umstritten und hängt davon ab, welcher Theorie man den Vorzug gibt:

Zwei Lehren bieten sich zur Lösung an, zum einen die Verfügungstheorie[2)], zum anderen die Angebotstheorie[3)]. Die Angebotstheorie läßt die Schuldübernahme nur durch Gläubigervertrag zu, dessen Rechtsgrund im Falle des § 415 in einer Verpflichtung zur Schuldübernahme gegenüber dem Schuldner liegt"[4)]. Nach dieser Meinung beinhaltet die erforderliche Mitteilung gem. § 415 ein Vertragsangebot, das durch den Übernehmer oder den Schuldner als Vertreter des Gläubigers abgegeben und durch dessen Genehmigung angenommen wird.

Demgegenüber wird nach der Verfügungstheorie ein Vertrag zwischen Übernehmer und Schuldner geschlossen, wobei es, um deren Verfügung über die Forderung wirksam werden zu lassen, der Genehmigung des Gläubigers entsprechend § 185 BGB bedarf. Nach der Verfügungstheorie stellt sich die Gläubigergenehmigung somit als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung, nach der Angebotstheorie als Bestandteil des Übernahmevertrages dar.

---

1) vgl. Oertmann a.a.O. S.32, 196

2) hM: RGZ 154, 187; RG in JW 1904, 550; 1911, 644; z.B. Larenz, Lehrbuch I § 35I (S.412); Palandt-Heinrichs, § 415 Anm. 1

3) Heck, Schuldrecht § 73 Anm. 1; Esser, Schuldrecht § 93 Anm. 2; Hellwig, Verträge, S.161

4) Soergel-Siebert-Schmidt a.a.O. § 415 Anm. 2

Gegen die Angebotstheorie spricht zunächst der klare Wortlaut des § 415 BGB, wonach die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Genehmigung abhängt. Bemüht man, um die Intention des Gesetzgebers festzustellen, die Motive[1], so wird klar, daß diese insofern den Standpunkt der Verfügungstheorie vertraten, als sie die Abhängigkeit auf die Wirksamkeit bezogen und die Parallele zur Genehmigungsbedürftigkeit der Forderungsabtretung durch einen Nichtberechtigten zogen.
Darüber hinaus erscheint die Konstruktion der Angebotstheorie gekünstelt und entspricht kaum dem Willen der Parteien[2].
Es erscheint daher angebrachter, den Altschuldner als Nichtberechtigten über die Forderung verfügen zu lassen und die Wirksamkeit des ganzen Geschäfts mit der Genehmigung eintreten zu lassen. Durch seine Genehmigung verändert der Gläubiger die Forderung selbst nicht. Sowenig wie sich der Inhalt der Forderung durch den Übernahmevertrag ändert (es bleibt dieselbe Forderung, nur die Person des Verpflichteten wird ausgewechselt), sowenig wird durch die Genehmigung des Gläubigers auf den Inhalt der Forderung eingewirkt. Der von den ursprünglichen Parteien abgeschlossene inhaltsbestimmende Willenstatbestand bleibt auch nach der Genehmigung des Gläubigers und dem Eintritt des Neuschuldners unverändert bestehen. So wie in den Fällen des § 185 BGB kann durch die Erteilung bzw. Nichterteilung der Genehmigung nur auf den Eintritt bzw. Nichteintritt der Wirksamkeit Einfluß genommen werden. Die von den Gegnern der Verfügungstheorie beschworene Gefahr[3], daß der Gläubiger die Übernahme auf Anzeige des Schuldners genehmigt und wirksam werden läßt, obwohl der Schuldner seine Verpflichtung noch nicht erfüllt hat, läßt sich dadurch umgehen, daß er vereinbart, daß die Mitteilung von der vorherigen Leistung des Gegenwertes abhängig sein soll, d.h. eine bedingte Schuldübernahme vorgenommen wird.[4] Obwohl nicht übersehen werden soll, daß die Verfügungstheorie im Hinblick auf § 417 Abs. 2 BGB eine nicht ausreichende Sicherung des Gläubigers gibt[5], ist aus den obigen Gründen an der Verfügungstheorie festzuhalten und die Genehmigung nicht als Vertragsbestand-

---

1) Mot. II, 142 ff
2) So Larenz a.a.O.; Enn.-L. a.a.O. § 84 V
3) z.B. Soergel-Siebert-Schmidt a.a.O.
4) Enn.-L. a.a.O. Anm. 16 und die dort Genannten
5) vgl. Heck a.a.O. § 73 Anm. 7b

teil und Element des inhaltsbestimmenden Willenstatbestandes, sondern als nachträgliches gesetzliches Wirksamkeitserfordernis, d.h. als Rechtsbedingung, zu betrachten.

d. Die Genehmigung im gesetzlichen Güterrecht gem. §§ 1365 ff BGB

Die §§ 1365, 1369 BGB fordern die Einwilligung des Ehegatten. Verträge können auch gem. § 1366 BGB genehmigt werden, während einseitige Rechtsgeschäfte, die ohne Einwilligung getätigt werden, gem. § 1367 BGB unwirksam sind. Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen des Ehegatten bilden eine Ausnahme vom Grundsatz der Verwaltungsfreiheit (1364 BGB). Trotz der bestehenbleibenden Rechtszuständigkeit schränkt das Gesetz aus wichtigen Gründen zu Recht die freie Handlungsfähigkeit des Ehegatten ein. Den verschiedenen Beschränkungen ist der Schutzgedanke gemeinsam, die wirtschaftlichen Grundlagen des Familienlebens überhaupt und speziell des ehelichen Haushalts zu sichern[1]. Darüber hinaus dienen sie (z.B. § 1369 BGB) der Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruches, für dessen Errechnung die Haushaltsgegenstände (vor allem in einfachen Verhältnissen) von wesentlicher Bedeutung sind[2]. Durch das Erfordernis der Zustimmung, die im folgenden einheitlich sowohl für Rechtsgeschäfte, die es mit dem Vermögen im Ganzen zu tun haben, als auch für die Haushaltsgegenstände des § 1369 BGB untersucht werden soll, ist somit den Ehegatten die Möglichkeit gegeben, den wirtschaftlichen Bestand der Ehe sicherzustellen.

Die Frage nach der Rechtsnatur der nachträglichen Zustimmung (der Genehmigung) ist auf Grund der voraufgegangenen Untersuchungen unschwer zu beantworten.

Zunächst erinnert die Beschränkung ihrer äußeren Erscheinungsform nach an die Fälle der mangelnden Rechtszuständigkeit, bei denen ein Nichtberechtigter verfügt und die Verfügung erst durch die Genehmigung des Berechtigten wirksam wird (§ 185 BGB). Dennoch liegt hier kein Mangel in der Rechtszuständigkeit vor. Diese bleibt unverändert bestehen; lediglich eine gesetzliche Beschränkung der Rechte ist eingetreten. Auch im vorliegenden Fall gehört die Genehmigung nicht mit zum inhaltsbestimmenden Willenstatbestand. Dies wird aus folgender Überlegung deutlich. Wie dargelegt, bildet die Beschränkung eine Ausnahme von dem Grundsatz der freien Vermögensverwaltung. Als Ausnahmeregelung kann die Genehmi-

---

1) Gernhuber, Familienrecht § 3513
2) Soergel-Siebert-Lange a.a.O. § 1369 Anm. 2

gung nicht inhaltsbestimmendes Element des Regeltatbestandes sein. Wie bereits bei der Geschäftsfähigkeit erörtert wurde, handelt es sich bei der Frage, ob jemand unabhängig und frei von jeglichen Bindungen am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmen kann, nicht um eine Frage eines speziellen Rechtsgeschäfts, sondern um einen an die rechtsgeschäftlich handelnde Person geknüpften Umstand, wobei die Zustimmung unter Ehegatten eine im Güterrecht gesetzlich aufgestellte Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt.
Verweigert der Ehegatte ohne ausreichenden Grund die Zustimmung, so kann gem. §§ 1365 Abs. 2, 1369 Abs. 2 BGB auf Antrag des Ehegatten die Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Für diese Möglichkeit der Ersetzung der Genehmigung des Ehegatten hat, was ihre Rechtsnatur betrifft, nichts anderes zu gelten als bei der bereits oben[1)] geprüften vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Auch hier handelt es sich um eine Rechtsbedingung, die auf Inhalt und Typus des Rechtsgeschäfts keinerlei Einfluß hat, jedoch zum Eintritt seiner Wirksamkeit unentbehrlich ist.

Hiermit sind die Fälle einer Genehmigung kraft Rechtsbeteiligung abgeschlossen.

6. Sonstige Genehmigungsfälle

a. Die staatliche Genehmigung im Falle der Stiftung gem. § 80 BGB

Bereits oben[2)] wurde die behördliche Genehmigung kurz besprochen. Die besondere Problematik der Errichtung einer Stiftung gem. § 80 BGB rechtfertigt jedoch eine gesonderte Prüfung.
Gem. § 80 S.1 BGB ist zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung außer dem Stiftungsgeschäft eine staatliche Genehmigung erforderlich.
Stiftungsgeschäft ist die einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des Stifters darüber, daß zur Verwirklichung eines bestimmten Zweckes eine Stiftung als selbständiger Rechtsträger entstehen soll.[3)]
Wenn daneben als weiteres Erfordernis die staatliche Genehmigung verlangt wird, so hat dies seinen Grund darin, daß das in einer Stiftung niedergelegte Vermögen nicht nur einem bestimmten Privatrechtszweck gewid-

---

1) s.S.52 ff
2) s.S 51 f
3) Soergel-Siebert-Schulze-v. Lasaulx a.a.O. § 80 Anm. 2

met ist, sondern zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dient. Es ist daher verständlich, daß der Staat zum Schutz der Stiftung ein Aufsichtsrecht ausübt. Das Aufsichtsrecht wird durch die Genehmigung, die sich als ein Hoheitsakt und nicht als privatrechtliche Willenserklärung i.S. der §§ 182, 184 BGB darstellt [1], wahrgenommen. In welchem Verhältnis Stiftungsgeschäft und staatliche Genehmigung zueinander stehen, ist umstritten. Nach Ansicht von O. v. Gierke [2] beinhaltet die Genehmigung lediglich eine Prüfung des Stiftungswerkes, jedoch wird dem privaten Willensakt "keineswegs seine schöpferische Kraft" entzogen. Der Staat setze sich nicht an die Stelle des Stifters, sondern erkläre nur den Stiftungsakt für gültig oder nicht. Die Genehmigung habe rein deklatorische Bedeutung.

Diese Auffassung hat jedoch kaum Anhänger gefunden und wird heute nicht mehr vertreten.
Vielmehr geht die hM [3] beim Stiftungsgeschäft und dessen Genehmigung von zwei gleichwertigen Entstehungserfordernissen aus, d.h. Stiftungsgeschäft (als rechtsgeschäftliches Tatbestandsstück) und Genehmigung als behördliches Tatbestandsstück) bilden zusammen den Errichtungsakt. Die Richtigkeit dieser Auffassung, wonach beide Bestandteile den besonderen Typus des Stiftungsgeschäftes festlegen und prägen, wird besonders deutlich angesichts der Protokolle für die 2. Lesung des Entwurfes zum BGB. Nach dem ersten Antrag, wonach zur Errichtung der Stiftung die Genehmigung des Staates erforderlich sein sollte, wurde weiterhin beantragt, daß die Stiftung erst mit Erteilung der staatlichen Genehmigung die Rechtsfähigkeit erlangen sollte bzw. daß zur Wirksamkeit der Errichtung die Genehmigung erforderlich sei. Die beratende Komission war sich zunächst darüber im klaren, daß es sich nicht um eine Genehmigung i.S. des § 127 des Entwurfes handeln könne, da es sich hier um die Ausübung eines Staatshoheitsaktes und nicht um eine privatrechtliche Willenserklärung des Staates handele. Des weiteren bestand Einigkeit darüber, daß durch das Genehmigungserfordernis zum Ausdruck gebracht werden müßte, daß die Stiftung erst mit Erteilung der Genehmigung die Rechtsfähigkeit erlange.

---

1) Prot. I, S.589
2) O.v. Gierke a.a.O. S.650
3) Erman-Westermann, a.a.O. § 80 Anm. 1; Oertmann a.a.O. S.5, 10, 55, 65; Soergel-Siebert-Schultze = v. Lasaulx a.a.O. § 80 Anm. 14; Staudinger-Coing, a.a.O., § 80 Anm. 14 m.w.N.

Diese Ansicht hat sowohl in § 80 BGB als auch in § 84 BGB ihren Niederschlag gefunden; denn auch § 84 BGB setzt Stiftungsgeschäft und Genehmigung als gleichwertige Tatbestandsmerkmale voraus. Hieraus ergibt sich, daß die Genehmigung sich nicht auf das Stiftungsgeschäft als solches bezieht, sondern allgemein auf die Stiftung, der sie die Rechtsfähigkeit verleiht.

Die Folge hiervon ist, daß die Genehmigung nicht - wie in den sonstigen Fällen - das Rechtsgeschäft (hier das Stiftungsgeschäft) für wirksam erklärt, sondern ein gültiges Stiftungsgeschäft voraussetzt. Die rechtsverleihende Wirkung hat die Genehmigung somit nur, wenn auch das Stiftungsgeschäft wirksam ist[1]. Ist bereits das erste Tatbestandsmerkmal, das Stiftungsgeschäft, ungültig, so kann die Genehmigung keine rechtsfähige Stiftung hervorbringen.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Genehmigung sich hier nicht als eine lediglich die Wirksamkeit beeinflussende Rechtsbedingung darstellt, sondern sie bei der Stiftung rechtsbegründende Bedeutung hat und mit zum Errichtungsakt zu zählen ist.

b. Die Genehmigung im Falle des § 684 S.2 BGB

Gem. § 683 BGB kann der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen beanspruchen, wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn entspricht oder einer der in § 679 BGB erwähnten Fälle vorliegt. Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so wird dies den obigen Fällen gem. § 684 S.2 BGB gleichgestellt.

Den Grund der Erstattungspflicht des Geschäftsherrn stellt allein die Tätigkeit des Geschäftsführers dar. Der nähere Inhalt der Erstattungspflicht, insbesondere deren Umfang, wird durch die Genehmigung des Geschäftsherrn nicht festgelegt. Allein maßgebend hierfür sind vielmehr Art und Ausmaß der Geschäftsführung[2]. Ob der Anspruch wirksam entsteht, entscheidet sich erst mit dem Entschluß des Geschäftsherrn, die Genehmigung zu erteilen oder nicht.

Die Genehmigung steht daher außerhalb des inhaltsbestimmenden Willenstatbestandes und ist ihrer Rechtsnatur nach als Rechtsbedingung zu qualifizieren.

---

1) RG in Hans GZ 1913 B 21; BVerwG in JZ 68, 462 f

2) Oertmann, a.a.O. S.220/221

c. Die Genehmigung im Falle des § 1001 BGB

Gem. § 1001 BGB kann der Besitzer den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen klageweise nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Auch bestimmt allein die Verwendung den Inhalt und Umfang des Anspruchs. Dies zeigt insbesondere der Wortlaut des Gesetzes. Dieses macht lediglich die Geltendmachung des Anspruchs von der Genehmigung abhängig. Zum anderen besteht eine Befreiungsmöglichkeit des Eigentümers durch Rückgabe der Sache gem. § 1001 S.2. Dies wäre aber nicht möglich, wenn nicht der Anspruch dem Grunde nach vorhanden gewesen wäre[1].
Der Verwendungsanspruch des Besitzers ist daher bedingt - und zwar von Rechts wegen - durch die Genehmigung oder die Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer[2].

7. Weitere Einzelfälle

a. Die Eigentumsübertragung im Grundstücksrecht

Gem. § 873 Abs. 1 BGB ist zur Übertragung an einem Grundstück die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung ins Grundbuch erforderlich, soweit gesetzlich nichts anders bestimmt ist. Das Gesetz knüpft somit die Rechtsfolge des Eigentumsüberganges an Grundstücken an eine auf einen bestimmten rechtlichen Erfolg gerichtete Willenserklärung und an einen weiteren Umstand, den amtlichen Akt der Eintragung.
Zwei Möglichkeiten bieten sich für die inhaltliche Bestimmung dieses Rechtsgeschäfts an.
Zum einen kann man den Gesamttatbestand (Einigung und Eintragung bzw. bei Fahrnis die Übergabe)[3] als Rechtsgeschäft bezeichnen, oder man läßt die bloße Parteihandlung zur rechtlichen Qualifikation des Rechtsgeschäfts (hier Vertrag) ausreichend sein und ordnet die Eintragung als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung, als Rechtsbedingung, ein. Welcher Auffassung der Vorzug zu geben ist, ist heftig umstritten.

---

1) So Oertmann a.a.O. S.221
2) hM, statt aller: Palandt-Bassenge, a.a.O. § 1001 Anm. 1;
Staudinger-Berg a.a.O. § 1001 Anm. 1
3) Heck, Schuldrecht, § 29 Anm. 6 bezeichnet die Voraussetzungen als Erklärungstatbestand und Rechtszeichen.

Die wohl überwiegende Meinung hat sich der Auffassung angeschlossen, wonach allein die Einigung als Vertrag anzusehen ist.[1] Einer anderen Meinung nach bilden Einigung und Eintragung zusammen das dingliche Rechtsgeschäft, das unmittelbar die Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts zum Gegenstand hat.[2] Eine Entscheidung in diesem oder jenem Sinn ist im Grunde eine Frage der Wahl des Standortes.[3] So kann man entweder auf die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Rechtsänderung oder aber auf den beabsichtigten Erfolg abstellen.

Das Gesetz gibt keine Anhaltspunkte für einen aus Einigung und Eintragung (Übergabe) zusammengesetzten Vertrag. Gewiß ist in § 892 BGB von einem 'Rechtsgeschäft' die Rede. Dies besagt jedoch nichts. Denn damit kann der Gesetzgeber auch gemeint haben, daß dem Erwerb durch Rechtsgeschäft lediglich jeder andere Erwerbsgrund (Gesetz, Zuschlag) gegenübergestellt werden sollte.[4] Darüber hinaus wird auch in §§ 108, 111 BGB das Wort 'Vertrag' und 'einseitiges Rechtsgeschäft' nur für den Rechtsakt selbst gebraucht, zu dem die Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung nicht hinzutreten muß.

Der Auffassung, wonach lediglich die Einigung als abstrakter, dinglich wirkender Vertrag anzusehen ist, ist noch aus weiteren Gründen der Vorzug zu geben. Zunächst sprechen dafür die Motive.[5] Zwar wollte die I. Kommission insofern eine unterschiedliche Regelung bei Fahrnis und Grundstükken einführen, als bei ersterer Einigung und Übergabe, bei letzterer dagegen nur die Einigung den Vertrag bilden sollte. Dies wurde jedoch durch die II. Kommission dahingehend geändert (§ 196 Abs. 1 a f), daß nunmehr auch bei beweglichen Sachen die isolierte Einigung den Vertrag bildete.

---

1) J.v. Gierke, Sachenrecht, § 14 I 1 und § 28 I; Heck a.a.O. Anm. 5; Eccius in Gruchot Bd. 47, S.52; Fuchs, Grundbegriffe, S.156; Staudinger-Seuffert. a.a.O. § 873 Anm. 35; Palandt-Bassenge, a.a.O. § 873 Anm. 3; RGRK, Denecke, § 873 Anm. 32; Westermann, Sachenrecht, § 6 II

2) Vor allem Enn.-N. A.T.2.Hbd. § 146 II 2; Wolf, Lehrbuch § 10 (S.260); Wolff-Raiser, Lehrbuch, § 38, 2 (S.119)
Die Rechtsprechung hat grds. zu diesem Streit noch keine Stellung bezogen. Vgl. BGH in LM Nr. 6 zu § 185; BGHZ 2, 370 (372)

3) Vgl. Baur, Sachenrecht, § 19 B I (S.162)

4) So Manigk a.a.O. S.120

5) Vgl. hierzu Heck a.a.O. § 29 Anm. 6

Mag dies auch im BGB nicht zum Ausdruck gekommen sein, so läßt sich doch aus den Motiven entnehmen, daß sowohl bei Grundstücken als auch bei beweglichen Sachen der dingliche Vertrag den gleichen Charakter hat und Unterschiede nur in den Übertragungsakten liegen.

Ein weiteres Gegenargument äußert J.v. Gierke.[1] Er war ursprünglich zu der Auffassung gekommen, daß allein die Einigung den Vertrag bilde und die gegenteilige Meinung mit ihrem zugespitzen Vertragsbegriff der Verkehrsauffassung widerspreche. Unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Ansicht wies er dann jedoch zu Recht auf das unhaltbare Ergebnis hin, wonach z.B. bei nichtiger Einigung konsequenterweise auch die Eintragung nichtig sein müsse. In diesem Fall würde daher, da eine nichtige Eintragung keinen öffentlichen Glauben des Grundbuchs hervorruft,[2] gutgläubig kein Eigentum erworben werden.

Die Eintragung (Übergabe) ist daher nicht als Vertragsbestandteil anzusehen.

Es fragt sich nun, wie Eintragung (Übergabe) rechtlich einzuordnen sind und in welcher Beziehung sie zur Einigung stehen. Auch hierzu besteht in der Literatur erheblicher Meinungsstreit. Während die einen in der Einigung bzw. Auflassung das einzig konstitutive Moment für den Eintritt der Rechtsfolge sehen,[3] die Eintragung also als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung betrachten, sind andere der Auffassung, daß die Eintragung (Übergabe) mit zum Errichtungsakt gehöre und sich als selbständiges Tatbestandsstück der Übereignung darstelle.

Letztere Meinung hat zunächst den Wortlaut des Gesetzes für sich, der Einigung und Eintragung (Übergabe) für den Eigentumsübergang für erforderlich hält. Auch ging die II. Kommission bei Kodifizierung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu § 196 Abs. 1a von der Übergabe als einem selbständigen Erfordernis für den Eigentumsübergang aus. Zwar ist auch die

---

1) J.v. Gierke a.a.O. § 141 1

2) BGHZ 7, 64; a.M. Lutter in AcP Bd. 164, S.152

3) Sternberg in JherJb Bd 62, S.455; V. Tuhr a.a.O. S.148; Planck a.a.O. Vorbem. vor § 104 Anm. V 3; Staudinger-Seuffert, a.a.O.; Manigk a.a.O.; a.A. Oertmann a.a.O. S.10; Siber a.a.O. S.124 m.w.N.; Kipp-Wolff, Lehrbuch, Bd. 2, § 31 Anm. 4

Rechtsbedingung in ihrer Eigenart als eine neben dem inhaltsbestimmenden Willenstatbestand stehende Wirksamkeitsvoraussetzung etwas 'Selbstständiges'. In diesem Sinne wollte die II. Kommission Übergabe und Eintragung jedoch nicht verstanden wissen. Wenn auch die Einigung den spezifischen Inhalt und die Grenzen festlegt, so prägen doch Übergabe bzw. Eintragung den besonderen Typus des Übertragungsaktes bei Fahrnis bzw. Grundstücken mit. Sie sind die besonderen Merkmale der Übereignung, die für die begründende Wirkung gleichbedeutend sind. Fehlt der tatsächliche Akt der Übergabe bzw. der amtliche Akt der Eintragung, so ist der die Rechtsfolge begründende Tatbestand - anders als bei der Rechtsbedingung - noch nicht vollendet. Darum ist auch die Ansicht von v. Tuhr abzulehnen, dem die (bei Grundstücken) obrigkeitliche Tätigkeit allein als Mitwirkung und Beihilfe zum Erfolg erscheint.[1)]

b. Abtretung zukünftiger Forderungen

Auch zukünftige Forderungen sind abtretbar.[2)] Die abgetretene, zukünftige Forderung muß nicht bereits fest bestimmt sein. Weder das Rechtsverhältnis noch die Rechtsgrundlage, aus denen der zukünftige Anspruch entstehen könnte, brauchen gegeben zu sein[3)]. Jedoch muß die Möglichkeit der Entstehung bei Abschluß des Abtretungsvertrages bereits bestehen, und die Forderung muß im Augenblick ihrer Entstehung nach Gegenstand und Umfang bestimmbar sein[4)]. Erst mit dem Entstehen der Forderung ist die Abtretung wirksam. Das Entstehen der Forderung ist nicht mit inhaltsbestimmendes Element des Abtretungsvertrages. Nur dieser allein legt Inhalt und Grenzen des Rechtsgeschäfts fest. Das von einer Parteivereinbarung unabhängig eintretende[5)] Erfordernis des Entstehens der Forderung übt hierauf keinerlei Einfluß aus, es handelt sich um eine Rechtsbedingung.

c. Der Maklervertrag

Das Gesetz bestimmt in § 652 Abs. 1 S.1 BGB, daß der Auftraggeber eines Maklervertrages nur dann zur Lohnzahlung verpflichtet ist, wenn der Ver-

---

1) v. Tuhr a.a.O. S.150/51
2) st. Rspr. vgl. RGZ 67, 168; 136, 102; 140, 250; hL, vgl. statt aller Soergel-Siebert-Schmidt a.a.O. § 398 Anm. 11
3) Heck, Schuldrecht, S.203
4) RGZ 136, 102
5) vgl. BGHZ 30, 238 (240); 32, 367 (369,370); BAG in NJW 1967, S.7

trag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustandegekommen ist. Durch die Verwendung der Worte "nur...., wenn" in § 652 Abs. 1 stellt der Gesetzgeber klar, daß er die Lohnzahlungspflicht nur in genau bestimmten Fällen entstehen lassen wollte. Zwar unterliegen die §§ 652 ff BGB als dispositives Recht grundsätzlich der Parteivereinbarung, d.h. vertragliche Einzelabänderungen zugunsten des Maklers bzw. des Auftraggebers sind zugelassen[1]. Jedoch gelten zunächst für die Entstehung des Anspruches die besonderen gesetzlichen Voraussetzungen, von denen er abhängig gemacht wird. Diese besonderen Voraussetzungen zählen nicht zum inhaltsbestimmenden Tatbestand. Dies zeigt sich daran, daß die einheitliche Rechtsnatur des Maklervertrages zerstört würde, wenn einerseits durch Parteivereinbarung der Nachweis gem. § 652 BGB entfallen dürfte, andererseits auch Maklerverträge mit dem in § 652 BGB festgegelegten Inhalt abgeschlossen werden könnten. Im ersten Fall würde der Lohnanspruch aus dem Maklervertrag allein, im letzteren dagegen jedoch aus Vertrag und Zustandekommen des nachgewiesenen Geschäfts entstehen[2].

Ohne auf den Inhalt des zugrundeliegenden Vertrages näher einzugehen oder ihn zu bestimmen, sind die Voraussetzungen lediglich für das Wirksamwerden des Versprechens und für das Entstehen des Lohnanspruches des Maklers Voraussetzung[3]. Die Lohnzahlungspflicht steht daher unter einer Rechtsbedingung.

Damit sind die wichtigsten Beispiele von Rechtsbedingungen erörtert. Die folgenden Erörterungen über die Rechtsfolgen der Rechtsbedingung geben freilich Anlaß zur Prüfung weiterer Einzelfälle.

---

1) RGZ 172, 189
2) So Oertmann a.a.O. S.44
3) hM, vgl. statt aller Erman a.a.O. § 652 Anm. 5

II. Unmittelbare Anwendung der §§ 158 ff BGB

1. Geht man auf die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch zurück, so stellt man fest, daß die §§ 158 ff BGB ohne Zweifel nur für die Parteibedingung unmittelbar Anwendung finden sollten. So heißt es in der Vorbemerkung zu den §§128, 129 der Entwürfe[1]: "Die Vorschriften der §§ 128 - 143 befassen sich lediglich mit rechtsgeschäftlich gesetzten Bedingungen und Befristungen. Eine Bestimmung darüber zu treffen, ob und inwiefern die Vorschriften auf Rechtsbedingungen, welche von dem Gesetz unmittelbar ausdrücklich (vgl. §§ 833 Abs. 2, 938 Abs. 1, 938 Abs. 2) oder stillschweigend gesetzt sind, anwendbar seien, ist Abstand genommen. Es versteht sich von selbst, daß die für die in Frage kommenden Rechtsverhältnisse maßgebenden sonstigen Normen, die mit diesen Vorschriften übereinstimmen, aber auch von ihnen abweichen können, Anwendung zu finden haben." Auch aus einer weiteren Stellungnahme der Motive[2], wonach der Rechtsbedingung die gewillkürte Bedingung gegenübergestellt wird und ihre Beifügung als überflüssiger und bedeutungsloser Zusatz bezeichnet wird, läßt sich der Schluß ziehen, daß eine unmittelbare Anwendung der §§ 158 ff BGB auf die Rechtsbedingung nicht bezweckt war.

2. So findet man denn auch weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Stimmen, die ausdrücklich eine unmittelbare Anwendung der §§ 158 ff auf die condicio iuris bejahen. Abgesehen von einigen älteren Schriftstellern, die durch ihre Formulierungen wie z.B. "nicht ohne weiteres anwendbar"[3] offenlassen, ob damit eine unmittelbare Anwendung gemeint ist, ist im Gegenteil einhellige Meinung, daß eine unmittelbare Anwendung ausgeschlossen sei[4]. Im Ergebnis ist dem beizupflichten; denn das BGB hat in den §§ 158 ff offensichtlich, wie die Motive bezeugen, nur die rechtsgeschäftlich von den Parteien vereinbarte Bedingung im Auge.

III. Analoge Anwendung der §§ 158 ff BGB

Eine andere Frage ist aber, ob nicht eine analoge Anwendung der Rechtssätze über die rechtsgeschäftliche Bedingung in Betracht kommen könnte.

Die Rechtsprechung hat eine solche Analogie von Beginn an, ebenso wie

---

1) Mot. a.a.O. S.250
2) Mot. a.a.O. zu § 240, S.268
3) z.B. Windscheid, Bedingungen, S.392;
aber auch Fischer-Henle, BGB, § 158 Anm. 2
4) vgl. statt vieler Erman-Groepper, a.a.O. vor § 275, 11a, aa;
Larenz a.a.O. S.480; RGZ 144, 73

eine direkte Anwendung, stets abgelehnt. Eine ausreichende Begründung hierfür wurde jedoch in keinem Fall gegeben. So wurde und wird noch bis heute eine analoge Anwendung mit der Behauptung zurückgewiesen, daß, was für rechtsgeschäftliche Bedingungen gelte, sich nicht auf die Rechtsbedingung übertragen lasse[1]. Es versteht sich von selbst, daß hierin keine Begründung gesehen werden kann.

Ernster zu nehmen ist dagegen die Ansicht, die Rechtsbedingung folge ihren eigenen, und nicht den Regeln der §§ 185 ff[2]. Diese Meinung kann sich immerhin auf die Motive stützen. So entspricht der in den Motiven beispielhaft erwähnte Fall des § 938 Abs. 1 des 1. Entwurfes dem heutigen § 1001 BGB, wonach der Besitzer Anspruch auf Verwendungsersatz nur geltend machen kann, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendung genehmigt.

Wo das Gesetz bereits die Rechtsbedingung mit ihren Rechtsfolgen in Einzelfällen regelt, finden selbstverständlich diese Vorschriften Anwendung. Damit ist aber die Frage nicht beantwortet, wie zu verfahren ist, wenn in bestimmten Bereichen eine derartige gesetzliche Kodifizierung nicht vorhanden ist. In diesem Fall müssen - und dagegen sprechen auch die Motive nicht - Wege zu einer sachgerechten Lösung des Problems gefunden werden.

Dementsprechend befinden sich im Schrifttum auch Stimmen, die einer analogen Anwendbarkeit der §§ 158 ff BGB, wenn auch teilweise unter Einschränkungen, das Wort reden[3]. Die Lehrmeinung[4] hat sich hingegen der Rechtsprechung angeschlossen, freilich ohne eine klare Begründung für ihre ablehnende Haltung zu geben. Zu Recht hat Oertmann[5] darauf hingewiesen, daß es nicht darum geht, festzustellen, ob alle Regeln des BGB auf alle Rechtsbedingungen anzuwenden sind. Vielmehr muß - und das gilt gerade bei den besonders wichtigen und hier vorrangig interessierenden §§ 158 ff BGB - jede Norm einzeln untersucht werden.

---

1) z.B. RG in JW 1926, 2619

2) So RGZ 144, 73; ebenso Egert a.a.O. S.183

3) Vor allem Oertmann, a.a.O. S.155; Kühne a.a.O. S.80; H.Lange in Festschrift ..., S.139 ff;
zweifelnd: Titze a.a.O. S.216; Lehmann-Hübner a.a.O. § 35

4) z.B. Palandt-Heinrichs, a.a.O. Einf. zu § 158 Anm.2; Enn.-N. a.a.O. § 196 III; Soergel-Siebert-Knopp a.a.O. zu § 162 Anm.9

5) Oertmann a.a.O. S.154

1. Analoge Anwendung des § 160 BGB

a. Nach § 160 BGB kann der bedingt Berechtigte von dem anderen Teil im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt. Während des sog. Schwebezustandes sollen demnach die Interessen des bedingt Berechtigten geschützt werden, indem gegen den bedingt Verpflichteten - sowohl bei bedingten Verfügungs- als auch bei Verpflichtungsgeschäften - eine bedingte Schadensersatzpflicht besteht. Der Grund für diese Regelung liegt darin, daß das bedingte Geschäft bei Bedingungseintritt nicht rückwirkend (§ 158 BGB), sondern lediglich für die Zukunft wirksam wird. Gäbe es die besondere Vorschrift des § 160 nicht, so wäre der bedingt Berechtigte während des Schwebezustandes von jeder vertraglichen Bindung befreit[1] und könnte das von der Bedingung abhängige Recht ohne Rechtsfolgen beeinträchtigen oder vereiteln.

b. Bereits aus der unterschiedlichen Behandlung der Rückwirkungsfrage bei der Partei- und der Rechtsbedingung ergibt sich, daß eine analoge Anwendung des § 160 BGB auf die condicio iuris nicht von derartiger Wichtigkeit ist wie z.B. die später zu untersuchende entsprechende Anwendung des § 162 BGB. Anders als bei der gewöhnlichen Geschäftsbedingung, bei der die von der Bedingung abhängig gemachten Rechtsfolgen kraft Gesetzes ex nunc eintreten und dies in der Regel auch von dem Parteiwillen bezweckt war, verhält es sich bei der Rechtsbedingung. Hier, wo dem Erstarken des bedingt erworbenen Rechts zum Vollrecht 'nur' ein vom Gesetz aufgestelltes Erfordernis im Wege steht, dessen Eintritt oder Nichteintritt häufig von den Parteien gar nicht bedacht war und grundsätzlich auch nicht mehr in ihrem Belieben steht, entspricht es dem Parteiwillen, die rechtsgeschäftliche Wirkung nach Möglichkeit sofort eintreten zu lassen[2]. Deshalb ist in der Regel eine Rückziehung anzunehmen. Das Gesetz hat diesem Gesichtspunkt insofern Rechnung getragen, als es in einer Vielzahl von Einzelfällen, vor allem bei den wichtigen Genehmigungsfällen (§ 184 Abs. 1 BGB) eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts angeordnet hat. Weitere Beispiele bieten die §§ 108, 177, 185 Abs. 1 S.2.

Für die Fälle von Rechtsbedingungen mit Rückwirkung erübrigt sich eine entsprechende Anwendung des § 160 bei einem Verschulden des Schuld-

---

1) Soergel-Siebert-Knopp a.a.O.
2) vgl. Oertmann a.a.O. S.154

ners während der Schwebezeit bis zum Eintritt der Bedingung. Soweit die Rückwirkung reicht, haftet nämlich der bedingt Belastete mit Wirkung für die Zwischenzeit,[1] während bei einer Verfügung sich die Haftung bereits aus dem ihr zugrundeliegenden besonderen Kausalgeschäft ergibt.

c. Damit fragt sich, inwieweit § 160 analog anwendbar ist, wenn eine Rückwirkung nicht stattfindet.

Wenn auch in der Regel bei der c.i. eine Rückwirkung stattfindet, so gibt es daneben - obschon vereinzelt - Fälle, in denen eine Rückwirkung nicht eintritt. Abgesehen von dem in § 185 II BGB vorgesehenen 2. und 3. Fall (Eigenerwerb und Beerbung) sind dies besonders die Fälle, in denen das Rechtssubstrat noch nicht vorhanden ist. Hier läßt sich logischerweise keine Rückwirkung annehmen. Denn man "kann nicht gut Rechte als früher vorhanden gewesen behandeln, bei denen damals ein Erfordernis ihres Bestandes nun einmal nicht vorhanden gewesen war"[2].

Einen derartigen, aber gesetzlich geregelten Fall betrifft § 2179. Ist z.B. bei einer Vermächtnisanordnung der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt, so erfolgt der Anfall des Vermächtnisses gem. § 2178 BGB mit der Geburt. Infolge der Verweisung des § 2179 BGB auf die §§ 158 ff BGB haftet der Beschwerte vom Erbfall an dem Bedachten gegenüber, der bereits eine rechtlich geschützte Anwartschaft besitzt, für jegliches Verschulden, durch das der Anspruch des Bedachten beeinträchtigt oder vereitelt wird (§ 160).

Als weitere Beispiele mögen die Fälle der Bürgschaft und des Pfandrechts für eine bedingte oder zukünftige Forderung dienen, die gem. §§ 765 Abs. 2 bzw. 1204 Abs. 2 BGB möglich sind. Voraussetzung ist freilich jeweils, daß die künftige Forderung, wenn nicht bestimmt, so doch zumindest bestimmbar ist[3].

Die Verpflichtung des Bürgen entsteht erst dann, wenn eine solche für den Hauptschuldner entstanden ist; bis zu diesem Zeitpunkt besteht ein Schwebezustand. Zweifelhaft kann nur sein, ob in diesem Fall ein noch in der Schwebe befindliches Schuldverhältnis [4] oder bereits eine durch das Entstehen der Hauptschuld bedingte, aber schon jetzt bedingt wirksame

---

1) So Oertmann a.a.O. S.155
2) Oertmann a.a.O. S.119
3) vgl. BGHZ 53, 32; BGH in LM, ZPO zu § 857 Nr. 4 Bl. 3; KGJ 44, 269
4) So Eccius in Gruchot Bd. 46, S.55 ff (58)

Bürgschaftsschuld vorliegt[1]. Keinesfalls zuzustimmen ist der Ansicht, wonach der Bürge durch keine Verpflichtung gebunden sein soll und die Bürgschaft "bis zur Entstehung eines Bandes zwischen Gläubiger und Hauptschuldner widerrufen werden kann"[2]. Denn die Erklärungen der Vertragspartner sind bereits bindend abgegeben. Der inhaltsbestimmende Willensbestand ist abgeschlossen, und die Parteien sind daher mit schwebender Wirksamkeit verpflichtet, bis eine endgültige Entscheidung (Entstehen oder Nichtentstehen der Hauptschuld) getroffen ist. Das Entstehen der Hauptforderung ist als gesetzliche Voraussetzung, als Rechtsbedingung, anzusehen.

Umstrittener ist das Problem beim Pfandrecht für eine bedingte oder künftige Forderung. Eine solche Verpfändung wird - anders als z.B. bei der Abtretung einer künftigen Forderung - dann für zulässig gehalten, wenn bereits eine rechtliche Grundlage vorhanden ist, die die Bestimmung der Forderung nach Art und Person des Schuldners ermöglicht[3]. Nach wohl hL[4] entsteht das Pfandrecht in diesen Fällen als dingliches Recht sofort. Es handelt sich danach um ein gegenwärtiges Pfandrecht, wobei der Pfandgläubiger die Sache aber erst mit Fälligkeit der Forderung verwerten darf; vorher hat er aber bereits ein dingliches Recht zum Besitz und kann die Rechte aus § 1227 BGB wahrnehmen. Zu Recht hat diese Auffassung insofern Kritik erfahren, als man ihr vorwirft, damit das bei der Bestellung von Pfandrechten geltende strenge Akzessorietätsprinzip verlassen zu haben. Zudem erreicht man, wie Lempenau[5] und sich ihm anschließend Egert[6] betonen, mit "einem auf den Verpfändungsvertrag gestützten obligatorischen Recht zum Besitz praktisch denselben Rechtsschutz" (§§ 861, 1007, 823 BGB). Um eine Durchbrechung des ja nicht nur beim Pfandrecht herrschenden Akzessorietätsgrundsatzes zu vermeiden, empfiehlt es sich, daher - wie bei der Bürg-

---

1) So Enn.-L. a.a.O. § 192
2) So Eccius a.a.O.
3) RGZ 135, 141; BGH in NJW 55, S.544; BGHZ 53, 29 ff;
Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 829 Anm. 1 A;
4) u.a. Baur a.a.O. § 55 B II 2b; Westermann a.a.O. § 128 III 2;
Wolff-Raiser a.a.O. § 162 I 3; v. Thur a.a.O. S.282
5) Lempenau, Direkterwerb , S.49
6) Egert a.a.O. S.81; im Endergebnis ebenso z.B. O.v. Gierke a.a.O. § 170, 11;
Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen S.94

schaft - von einem, durch das Entstehen der Forderung (als Rechtsbedingung), bedingten Pfandrecht auszugehen, wofür letztlich auch der den Rang des Pfandrechts klarstellende § 1209 BGB spricht.

Geht man somit sowohl bei der Bürgschaft als auch beim Pfandrecht für eine bedingte oder künftige Forderung von einer Rechtsbedingung aus, so fragt sich, wie in diesen Fällen Beeinträchtigungen oder Vereitelungen während der Schwebezeit wie z.B. Veräußerung der Pfandsache an einen gutgläubigen Dritten oder ihre Beschädigung oder ihre Zerstörung rechtlich einzuordnen sind.

Es bietet sich die entsprechende Anwendung von § 160 BGB an. Ebenso wie bei der rechtsgeschäftlichen vereinbarten Bedingung muß der bedingt Berechtigte, wenn der Willenstatbestand vollendet und die volle Wirksamkeit lediglich noch von einem von außen herantretenden Wirksamkeitsmoment abhängt, insoweit geschützt werden, als der von der Bedingung abhängige Erfolg zu sichern ist. Als Vorwirkung der bedingten Verpflichtung hat sich der Verpflichtete während der Schwebezeit jeder beeinträchtigenden Einwirkung zu enthalten. Bereits Siber [1] hat sich in diesem Sinne geäußert, indem er bemerkte: "Solange die Rechtsbedingung schwebt, hat die Schuld, wie die Haftung, erst eine Vorwirkung". Die haftende Person sei gebunden, "sofern sie indirekt verpflichtet sei, jedes die Erfüllung der künftigen Schuld oder die Verwirklichung der künftigen Haftung vereitelnde Verhalten zu unterlassen; denn die Zuwiderhandlung mache sie für den Fall des Eintritts der Bedingung schadensersatzpflichtig."

d. Bei fehlendem Rechtssubstrat mit der Folge der mangelnden Rückbeziehung ist es also durchaus angebracht, § 160 bei schuldhaften Beeinträchtigungen des Leistungsgegenstandes entsprechend anzuwenden. Zu prüfen bleibt, wie zu verfahren ist, wenn die Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Geschäftspartner verletzt wird. Die Rechtsprechung hat, wie anfangs, dargelegt,[2] bei einer schuldhaften Verletzung von Treuepflichten (bei noch ausstehender behördlicher Genehmigung) Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo angenommen. Dabei wurde es nicht als entscheidend angesehen, ob die Genehmigung letztlich erteilt oder versagt wurde. So zu verfahren war möglich, da es nach der Lehre von der culpa in contrahendo nicht darauf ankommt, ob später Vertragsverpflichtungen entstehen oder

---

1) Siber in JherJb Bd. 50, S. 104 / 105

2) s.S. 22 f

nicht. Was im Stadium der Vorverhandlung recht ist, muß um so mehr im Stadium des schwebenden Vertrages gelten[1]. Diese Rechtslage hat das OLG Stuttgart[2] insofern erweitert, als es unter Betonung der Eigenart eines genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts die Haftungsgrundlage alternativ bestimmte. Nach Ansicht dieses Gerichts ist ein Verstoß gegen Treuepflichten entweder unter dem rechtlichen Gesichtspunkt c.i.c. oder der Haftung aus positiver Vertragsverletzung zu behandeln. Es führt zunächst zutreffend aus, daß das Geschäft nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts zustandegekommen ist. Das OLG versucht dann jedoch, die Annahme einer positiven Vertragsverletzung weiter damit zu rechtfertigen, daß man, was möglich erscheint, die Gebundenheit der Parteien an den schwebend unwirksamen Kaufvertrag wie einen Vertrag selbst behandelt". Auf ähnliche Weise versucht auch H. Lange[3] insofern zu einer positiven Vertragsverletzung zu gelangen, - als, gleich ob die Wirkung zurückwirkt oder nicht - "für den weniger Bedenklichen das schwebende Rechtsverhältnis selbst das Vertragsverhältnis darstelle," oder, "für den Vorsichtigeren "Vertragsverhältnis nur das schwebende Verhältnis unter der Voraussetzung der Genehmigung sei". Bei Zerstörung oder Beschädigung des Leistungsgegenstandes während des Schwebezustandes will H. Lange darüber hinaus dem anderen Teil bei späterer Genehmigung die Rechte aus §§ 324, 325 BGB zubilligen. Wenn man einer Anwendung der culpa in contrahendo-Regeln noch zustimmen und es begrüßen mag, die Grundsätze über die Haftung der c.i.c. aus dem begrifflich zu engen Rahmen des Verschuldens vor oder während der Vertragsverhandlungen herauszunehmen, so ist aber eine Ausdehnung auf die Grundsätze der pVV und (bei Verletzung des Leistungsgegenstandes) eine Anwendung der §§ 324, 325 BGB abzulehnen. Zwar ist der rechtsgeschäftliche Tatbestand vollabgeschlossen; dies reicht jedoch für eine Anwendbarkeit der Regeln über die positive Vertragsverletzung bzw. der §§ 324, 325 BGB nicht aus. Dafür wäre nämlich gerade Voraussetzung, daß die beiderseitigen Verpflichtungen der Vertragsparteien vollwirksam sind.

---

1) H. Lange in Festschr. f.W. Schmidt-Rimpler S.145
2) OLG Stuttgart in NJW 1953, S.670 f
3) H. Lange a.a.O.

2. Analoge Anwendung des § 161 BGB

a. Gemäß § 161 BGB ist, wenn jemand unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, jede weitere Verfügung, die er während des Schwebezustandes über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts oder der Endigung der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. So wie § 160 die Vorwirkung der bedingten schuldrechtlichen Verpflichtung in Bezug auf tatsächlichen Einwirkungen behandelt, regelt § 161 die dingliche Vorwirkung einer bedingten Verfügung für den Fall von rechtlichen Einwirkungen. Zum Schutz des bedingt Berechtigten tritt danach bei einem Verstoß gegen die Unterlassungspflicht die absolute, d.h. auch Dritten gegenüber wirkende, Unwirksamkeit der Verfügung ein[1], soweit sie das Recht des bedingt Berechtigten vereitelt oder beeinträchtigt. Derartige Verfügungen können daher die bereits bestehende Rechtsstellung des Berechtigten (des Anwartschaftsberechtigten), der bei Eintritt der Bedingung das volle Recht erlangen soll, nicht berühren.

b. Anders verhält es sich demgegenüber bei dem Hauptanwendungsfall der Rechtsbedingung, der Genehmigung. Gem. § 184 Abs. 2 BGB werden durch die Rückwirkung Verfügungen nicht unwirksam, die der Genehmigende vor der Genehmigung über den Gegenstand getroffen hat. Der Grund für die verschiedene Regelung leuchtet ein: Durch sie soll verhindert werden, daß der Genehmigende eine von ihm wirksam getroffene Zwischenverfügung dadurch aufhebt, daß er eine zeitlich früher liegende, bisher unwirksam gebliebene, Verfügung eines Nichtberechtigten genehmigt. Um den Schutz des Zwischenerwerbers zu gewährleisten, soll diejenige Verfügung bestehen bleiben, die der Genehmigungsberechtigte selbst getroffen hat[2].

c. Wenn somit bei der privatrechtlichen Genehmigung eines Rechtsgeschäfts bezüglich der Zwischenverfügungen eine abschließende gesetzliche Regelung getroffen ist, in der für eine entsprechende Anwendung des § 161 BGB kein Raum mehr ist, so fragt sich, wie bei den zahlreichen Fällen einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung zu entscheiden ist.
Wenn eine unmittelbare oder analoge Anwendung der §§ 182 ff BGB auf die öffentlich-rechtliche Genehmigung privatrechtlicher Rechtsgeschäfte in

---

1) hM, vgl. BGH in NJW 1956, S.665
2) Soergel-Siebert-Schultze = v. Lasaulx a.a.O. § 184 Anm. 9

Rechtsprechung und Literatur erörtert wurde, so meist wegen des Problems, ob auch bei einer öffentlich rechtlichen Genehmigung von einer Rückwirkung auszugehen sei. Man kam zu dem Ergebnis, daß solche Genehmigungen - ohne sich für eine direkte oder analoge Anwendung des § 184 Abs. 1 BGB auszusprechen - ebenfalls auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirken, soweit nicht ein anderes bestimmt sei und soweit vor allem nicht der Zweck der öffentlich rechtlichen Genehmigung entgegenstehe[1]. Damit ist jedoch keine Feststellung darüber getroffen, wie bei Zwischenverfügungen des Veräußerers zu verfahren ist, d.h. ob man § 184 Abs. 2 (direkt oder analog) anwendet[2] oder ob der Erwerber für schutzwürdiger als der Dritte angesehen wird (§ 161).

Vergegenwärtigt man sich die verschiedenen Sachlagen bei der öffentlich rechtlichen und der privatrechtlichen Genehmigung, so erkennt man, daß sich eine Anwendung des § 184 Abs. 2 auf die öffentlich rechtliche Genehmigung vebietet. Anders als bei jener mangelt es bei dieser, wie die Fälle der §§ 108, 177, 184 BGB zeigen, weder an der Geschäftsfähigkeit noch der Vertretungsmacht noch der Verfügungsmacht des das dingliche Geschäft Abschließenden. Anders auch als der Genehmigende nach § 184 kann die Behörde nicht selbst zwischenzeitlich über den Gegenstand verfügen[3]. Dagegen spricht vieles für - und kein zwingender Grund gegen - eine entsprechende Anwendbarkeit des § 161 BGB auf die öffentlich rechtliche Genehmigung. Warum soll der Erwerber nach der dinglichen Einigung, bei Übereignungen noch nach Übergabe oder Eintragung, bis zur Erteilung der behördlichen Genehmigung z.B. gegen Verfügungen oder Belastungen seitens des Veräußerers nicht ebenso geschützt werden wie derjenige, der aufgrund einer aufschiebend bedingten Verfügung erwirbt. Auch hier besteht mehr als nur eine objektivrechtliche Gebundenheit des Verfügenden. Ebenso wie bei einer rechtsgeschäftlich bedingten Verfügung hat der Erwerber bei einer noch ausstehenden Rechtsbedingung bereits eine dingli-

---

1) vgl. S.23 f

2) Nach Skolny in JW 1932, 1956 ist "§ 184 Abs. 2 aber der Niederschlag des Grundsatzes, daß durch die Rückwirkung Rechte Dritter nicht geschmälert werden dürfen."

3) So Humburg, Einwirkungen S.59;
sich ihm anschließend Kiekebusch a.a.O. S.47

che Rechtsstellung, eine Anwartschaft, erlangt [1]. Die volle Wirksamkeit hängt im vorliegenden Fall nur noch von dem Eintritt der von den Parteien in der Regel nicht mehr zu beeinflussenden behördlichen Genehmigung ab, eine nochmalige Einigung ist nicht mehr nötig. Diese Rechtsposition des Erwerbers verlangt - mit Ausnahme des gutgläubigen Erwerbes Dritter - eine über die vertragliche Bindung hinausgehende weitere Gebundenheit entsprechend § 161 BGB mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit weiterer Zwischenverfügungen[2].

d. Eine entsprechende Anwendung des § 161 BGB ist ferner in Betracht zu ziehen bei Fällen, in denen der inhaltsbestimmende Willenstatbestand des Rechtsgeschäfts vorliegt, dessen Wirksamkeit aber vom Entstehen eines zur Zeit noch nicht vorhandenen Substrats abhängt wie z.B. bei der Hypothek für eine künftige Forderung, für die bereits der Grund (z.B. aus einem bestehenden Schuldverhältnis) gelegt ist.
Gem. § 1163 BGB steht die Hypothek, wenn die Forderung, für welche sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen ist, dem Eigentümer zu, und zwar als Grundschuld (§ 1177 BGB). Nachdem lange Zeit umstritten war, ob § 1163 S.1 BGB nur für die sog. endgültige Eigentümergrundschuld Anwendung finden sollte, ist heute allgemeine Ansicht, daß eine Eigentümergrundschuld auch dann besteht, wenn die Forderung noch nicht entstanden ist, aber noch entstehen kann.[3] In diesem Fall steht das Grundpfandrecht von der Bestellung ab kraft Gesetzes als auflösend bedingte Grundschuld dem Eigentümer zu (sog. vorläufige Eigentümergrundschuld)[4]. Hier handelt es sich - um den selteneren Fall - einer auflösenden Rechtsbedingung. Der inhaltsbestimmende Willenstatbestand ist beendet. Darüber hinaus ist die Hypothek eingetragen und, bei der Buchhypothek,

---

1) So H. Lange a.a.O. 141; Kieckebusch a.a.O.; Oertmann a.a.O. S.125 bezeichnet sie als "Rechtsanwartschaft"; Egert a.a.O. S.113/114 lehnt - nicht nur im Rahmen einer noch ausstehenden Rechtsbedingung - jegliches Anwartschaftsrecht ab.
2) Ebenso Kieckebusch a.a.O. S.47
3) Vgl. u.a. Palandt-Bassenge, 1163 Anm.4d; Erman-Westermann, § 1163 Anm.8; RGZ 153, 169
4) Diese spielt vor allem eine bedeutsame Rolle bei der Sicherung der Zwischenfinanzierung bei Baugeldhypotheken.

ist der Brief an den Gläubiger übergeben worden. Lediglich das Bestehen der Forderung ist noch hinausgeschoben. Sobald die Forderung in der Person des eingetragenen Gläubigers entsteht, verwandelt sich die Hypothek kraft Gesetzes in eine Fremdhypothek, ohne daß es hierzu einer weiteren Rechtshandlung bedürfte [1]. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Grundstückseigentümer der berechtigte Inhaber der Hypothek, aber diese ist "belastet" mit einer Anwartschaft des Eingetragenen auf Erwerb der Hypothek. Die Situation ähnelt wiederum der einer Anwartschaft, die aus einer aufschiebend bedingten Verfügung entspringt, nur daß im vorliegenden Fall der volle Rechtserwerb nicht rechtsgeschäftlich, sondern gesetzlich bedingt ist.[2]

Die Rechtswirkung ist in beiden Fällen von einem zukünftigen Ereignis abhängig, und diese Abhängigkeit bewirkt einen Schwebezustand. So wird dem Hypothekengläubiger auch von der hM vor Entstehen der Forderung ein Anwartschaftsrecht zugesprochen, das mit der Valutierung zum Vollrecht erstarkt[3]. Auf Grund dieser starken Gemeinsamkeit der rechtlichen Situation läßt es sich rechtfertigen, eine entsprechende Anwendung des § 161 BGB auch auf diesen Fall der Rechtsbedingung zu bejahen. Dies bedeutet, daß Verfügungen des Eigentümers über die vorläufige Eigentümergrundschuld unwirksam sind, soweit sie das Anwartschaftsrecht des Gläubigers beeinträchtigen[4].

e. Die analoge Anwendung des § 161 BGB ist ferner bei der Abtretung künftiger Forderungen, der sog. Vorausabtretung in Erwägung zu ziehen. Anders als z.B. bei der im Rahmen von § 160 BGB untersuchten Verpfändung

---

1) RGZ 51, 43; 97, 223; 125, 136; Erman-Westermann, a.a.O. zu § 1163 Anm. 11; Staudinger a.a.O. zu § 1163 Anm. 11 e m.w.N

2) Boehmer in ZAKDR 1940, S.174 (175)

3) Vgl. statt aller Staudinger-Scherübl a.a.O. § 1163 Anm. 16b m.w.N.

4) So die hL, z.B. Staudinger-Scherübl a.a.O. § 1163 Anm. 16f; Lent in DNotZ 1937, S.389; Soergel-Siebert-Baur § 1163 Anm. 10; Palandt-Bassenge a.a.O. § 1163 Anm. 4; unverständlicherweise verneinen die beiden letzteren (Palandt-Heinrichs, Einführung zu § 158 Anm. 2 und Soergel-Siebert-Knopp, vor § 158 Anm. 8) grundsätzlich jegliche - entsprechende oder direkte - Anwendbarkeit der §§ 158 ff auf die condicio iuris, während sie im obigen Falle einer Anwendbarkeit des § 161 BGB das Wort reden.

künftiger Forderungen wird bei der Abtretung als ausreichend angesehen, daß die Entstehung der Forderung im Zeitpunkt der Abtretung als möglich erscheint und die Forderung genügend bestimmt oder bestimmbar ist.[1] Weder das Bestehen des Rechtsverhältnisses oder die sonstige Rechtsgrundlage, aus der sich der künftige Anspruch ergibt,[2] noch eine genaue Bestimmung der Person des künftigen Schuldners wird für erforderlich gehalten[3]. Im Gegensatz zur Verpfändung künftiger Forderungen, bei der die Rechtsgrundlage für das spätere Existentwerden der Forderungen bereits vorhanden sein muß, entsteht bei der Abtretung eines künftig zu erwerbenden Rechts (sog. künftige Forderung i.e.S.) noch kein Anwartschaftsrecht, das übertragen werden könnte[4]. Nach Ansicht von Westermann[5] müssen von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts "schon so viele Erfordernisse vorhanden sein, daß von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der Veräußerer nicht mehr durch einseitige Erklärung zu zerstören vermag". Diese Voraussetzungen sind bei der Abtretung künftiger Forderungen i.e.S. nicht gegeben. Meist weiß der Gläubiger noch gar nicht, wer sein künftiger Schuldner ist. Würde man hier bereits ein Anwartschaftsrecht bejahen, wäre der Anwartschaftsbegriff ausgehöhlt und unbrauchbar geworden.

Bei der üblicherweise als Sicherungsmittel verwendeten Vorausabtretung stehen zudem häufig verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession in Widerstreit. Bevor jedoch auf das Problem einer möglichen Unwirksamkeit einer - zeitlich nach der ersten Abtretung erfolgten - weiteren Verfügung eingegangen werden kann, muß zunächst geklärt werden, wie die Entstehung der Forderung, d.h. die Begründung eines Schuldverhältnisses, einzuordnen ist. Nur wenn sich diese als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung, und zwar als Rechtsbedingung für die Abtretung, darstellt, ist der Weg zur oben angesprochenen Analogie zu § 161 BGB eröffnet.

Nach Ansicht von Oertmann[6] hat eine Verfügung über ein künftig zu erwerbendes Recht nur einen beschränkten Inhalt. Für eine Rechtsbedingung sei kein Raum, es fehle in diesem Fall "der dieser eigentümliche Ge-

---

1) st. Rspr., RGZ 55, 334; BGHZ 7, 367; ebenso Enn.-L. a.a.O. § 78III m.w.N.
2) BGH in NJW 1965, 2197
3) BAG in NJW 1967, 752
4) BGH in NJW 55, 544 = BB 1955, 202; a.A. Arndt in DRiZ 1954, 234
5) Westermann, SR, § 5III 3a
6) Oertmann a.a.O. S.48/50

gensatz zwischen dem Wollen und Können der Partei"[1]. In Wahrheit handele es sich um eine unbedingte Zukunftsverfügung mit beschränktem Inhalt; denn "die rechtliche Beschränkung der Geschäftswirkung gehe nicht weiter, als sie nach dem Geschäftsinhalt gehen solle". Näher liege sogar eine rechtsgeschäftliche Bedingung[2]. Andere wiederum sehen in der Existenz der Forderung ein Tatbestandsmerkmal (i.e.S.) der Abtretung[3], wobei wie folgt argumentiert wird: Bei der Übertragung beweglicher Sachen nach § 929 S.1 BGB und der Übereignung von Grundstücken nach §§ 873, 925 BGB sei u.a. die Einigung über den Eigentumsübergang und die Übergabe der beweglichen Sache bzw. die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Voraussetzung für einen Eigentumsübergang sei aber, daß die bewegliche Sache bzw. das Grundstück bereits vorhanden sei, andernfalls sie nicht übertragen werden könnten. Gegenstand der Verfügung sei immer ein Recht. Aus diesem Grunde könne kein Unterschied zwischen der Übertragung von Sachen und Rechten bestehen.

Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen. Der Grund für den Eigentumsübergang nach § 929 S.1 oder nach §§ 873, 925 BGB ist die Einigung oder Auflassung als inhaltsbestimmender Willenstatbestand zuzüglich der den Typus des konkreten Rechtsgeschäfts mitprägenden Übergabe oder Eintragung. Der Grund für die Rechtswirkung der Eintragung ist aber nur die Einigung des Zedenten und des Zessionars darüber, daß der Zessionar statt des Zedenten Gläubiger des künftig zu erwerbenden Rechts sein soll. Wenn eine Verfügung über eine zukünftige Sache nach § 929 S.1 BGB unmöglich ist, so hat das seinen Grund darin, daß eine künftige Sache nicht, wie der Gesetzgeber voraussetzt,[4] übergeben werden kann. Hieraus folgt, daß zum Tatbestand (i.e.S.) der Verfügung nicht der Bestand des Rechts gehört.[5]

Auch die von Oertmann angenommene unbedingte Zukunftsverfügung mit beschränktem Inhalt ist abzulehnen. Zwar trifft für diesen Fall nicht zu, daß die Parteien bei der c.i. in der Regel die Wirksamkeit sofort eintreten lassen wollen; andererseits ist aber eine Einigung über das Existentwerden der Forderung nicht notwendig. Die Begründung des (späteren) Schuldverhältnisses ist selbstverständliche Voraussetzung für das Wirk-

---

1) Oertmann a.a.O. S.48

2) Oertmann a.a.O. S.48/49;
derselbe: Komm. z. BGB A.T. § 399 Anm. 1g; ebenso Heuer in DJZ 1903, 28

3) N. Fischer: Kollision S.30

4) vgl. RGZ 67, 166

5) RGZ a.a.O.; Kötter: Die Tauglichkeit S.14;
im Ergebnis ebenso Flume in NJW 1959, S.916

samwerden der Abtretung. In der Regel überflüssig und rechtlich bedeutunglos ist daher auch, wenn die Parteien hierüber nochmals ausdrücklich eine Absprache treffen. Der Erfolg der Vorausverfügung hängt daher nur noch vom Entstehen der Forderung ab. Es handelt sich um eine vom Gesetz bzw. aus der Natur der Sache aufgestellte Wirksamkeitsvoraussetzung, und, da dem inhaltsbestimmenden Willensbestand nachfolgend, um eine Rechtsbedingung.[1)]

Wenn nun ein und dieselbe Forderung sowohl an einen Warenkreditgeber (Lieferanten) als auch an einen Geldkreditgeber abgetreten wird, fragt sich, welche der Abtretungen wirksam sein soll.

Nach der in Literatur und Rechtsprechung vorherrschenden Meinung gilt für die Abtretung zukünftiger Forderungen das Prioritätsprinzip.[2)] Dieses besagt, daß bei mehreren Abtretungen ein und desselben Gegenstandes immer nur jeweils die erste Abtretung wirksam ist. Daß dieses Prinzip, das unbestritten bei der mehrfachen Abtretung einer bestehenden Forderung gilt[3)], auch bei zukünftigen Forderungen eingreift, wird damit begründet, daß es kein anderes dem Gesetz und den Erfordernissen der Rechtssicherheit entsprechendes Merkmal gebe, um die Konkurrenz der Abtretung zu entscheiden als deren zeitliche Reihenfolge[4)].
Für die Abtretung einer künftigen Forderung könnten keine anderen Regeln gelten als für die Zession einer gegenwärtigen. Dies bedeutet, daß die Globalzession, die in der Regel bei Gewährung eines Kredites verlangt wird, den Vorrang genießen würde. In der Praxis hat sich jedoch durchgesetzt, beim Zusammentreffen von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession dem ersteren den Vorzug zu geben. Begründet wird dies damit, daß die aus der Weiterveräußerung stammende Forderung das Surrogat der Vorbehaltsware sei, zumindest aber der Vorbehaltsverkäufer in viel

---

1) So Kötter a.a.O. S.10/14; für c.i. auch Eccius, Gruch Bd.53, S.3
2) u.a. Blomeyer in JZ 1959, S.601; Capeller in MDR 1956, S.137; v. Caemmerer in JZ 1958, S.98; Dempewolf in NJW 1959, S.1534; ders. in MDR 1959, S.806; Kötter a.a.O. S.14; Nebelung in NJW 1960, S.513; Serick in BB 1960, S.147 ff; Soergel-Siebert-Schmidt, Anm.10 zu § 398; BGHZ 26, 193; 30, 149; 32, 363;
3) Vgl. statt aller Soergel-Siebert-Schmidt, Anm.1 zu § 408; RGRK, Löscher, Anm.13 zu § 398 und Anm.1 zu § 408
4) So BGHZ 30, 149 (151)

näherer Beziehung zu dieser Forderung stehe als der Kreditgeber. Flume[1] und der BGH[2] korrigieren das Ergebnis im obigen Sinne mit der Begründung, daß der Globalzessionar den Zedenten zu Vertragsbrüchen und strafbaren Handlungen gegenüber den Vorbehaltslieferanten verleite und daß daher die Globalzession hinter den verlängerten Eigentumsvorbehalt zurückzutreten habe. Ausgangspunkt sei aber in jedem Fall das Prioritätsprinzip, weil es allein dem Gesetz und den Erfordernissen der Rechtssicherheit entspreche[3]. Dabei wird in der Literatur noch auf § 185 Abs. 2 BGB hingewiesen. Abgesehen davon, daß der Prioritätsgedanke bei mehreren Vorausabtretungen nicht ganz paßt, da ja alle erst mit Eintritt der Rechtsentstehung, der Begründung des Schuldverhältnisses wirksam werden, ist der in § 185 Abs. 2 BGB geregelte Sachverhalt mit dem der Vorausabtretung auch nicht vergleichbar. Während bei § 185 Abs. 2 über ein bestehendes Recht, wenn auch ein fremdes, verfügt wird und die Verfügung sofort wirksam werden soll, wird bei der Vorausabtretung über ein erst künftig zu erwerbendes, noch nicht existentes Recht, verfügt, wobei sich die Parteien - im Gegensatz zu § 185 Abs. 2 BGB - des künftigen Rechtserwerbes bewußt sind[4].

Wenn das Prioritäts- oder Präventionsprinzip für die Vorausabtretung schon nicht aus § 185 Abs. 2 hergeleitet werden kann, so bleibt zu prüfen, ob eine analoge Anwendung des § 161 Abs. 1 BGB, der dieses Prinzip ebenfalls enthält, möglich ist. Aber auch hier springt der Unterschied zwischen der in § 161 BGB geregelten Situation und der der Vorausabtretung sofort ins Auge. Bei der aufschiebend bedingten Verfügung über ein bestehendes Recht soll nur der Anwartschaftsberechtigte gegen Zwischenverfügungen des bedingt Verpflichteten geschützt werden. Bei der Vorausabtretung, bei der ja gerade der Verfügungsgegenstand noch fehlt, besteht vor Entstehung der abgetretenen Forderung keine Gläubigerstellung des Zessionars in Form einer Anwartschaft, die es gerechtfertigt erscheinen lassen würde, eine Gebundenheit des Zedenten mit der Folge der Unwirksamkeit weiterer Zwischenverfügungen eintreten zu lassen.

---

1) Flume in NJW 1950, S.841 (846 ff)
2) BGHZ 30, 149 ff
3) BGHZ a.a.O.
4) Beuthien in BB 1971, S.375 (377/78)

Nun wird teilweise vorgebracht, der Verfügende habe sich gebunden, "weil er seine Verfügungsbefugnis bereits ausgeübt und sich ihrer damit für die Zukunft begeben hat"[1].

Dies ist abzulehnen. Zu Recht bemerkt Beuthien[2], daß eine derartige Gebundenheit dem Zedenten seine Verfügungsmacht nehmen würde. § 161 Abs. 1 BGB zeige aber, daß auch bei Verfügungen unter aufschiebenden Bedingungen über ein bestehendes Recht die Verfügungsmacht grundsätzlich voll bestehen bleibe. Für den Fall (und nur für diesen), daß eine weitere Verfügung die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde, sei ausdrücklich die gesetzliche Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Zwischenverfügung angeordnet worden. Wenn daher bei aufschiebend bedingten Verfügungen von einer vollen Verfügungsmacht auszugehen sei, dann könne sich der Vorausverfügende bei der Abtretung eines künftigen Rechtes "ebenfalls nicht rechtsgeschäftlich vorzeitig seiner später zu erwerbenden Verfügungsmacht begeben"[3]. Darüber hinaus würde die "Beschränkung seines rechtlichen Könnens in bezug auf die Forderung"[4] ein rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot schaffen; ein solches ist aber gem. § 137 S.1 BGB nur obligatorisch wirksam[5].

Die entsprechende Anwendung des § 161 Abs. 1 BGB auf die Vorausabtretung ist daher abzulehnen.

Nimmt man von einer Gebundenheit des Zedenten und dem ausschließlich auf das Zeitmoment abstellenden und daher zu unbefriedigenden Zufallsergebnissen führende Prioritätsprinzip Abstand[6], dann steht das Problem der Kollision zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession wieder im Raum.[7] Ohne dieses zu vertiefen, sei nur folgendes abschließend festgestellt: Geht man davon aus, daß alle Vorausabtretungen

---

1) Larenz a.a.O. § 38 III; Soergel-Siebert-Schmidt a.a.O. Anm. 10 zu § 398; Kötter a.a.O. S.14; Hahnzog: Die Rechtsstellung .... S.25; Serick in BB 1960, S.147; Flume in NJW 1959, S.913 (917)
2) Beuthien a.a.O.
3) Beuthien a.a.O.
4) Kötter a.a.O. S.14
5) N. Fischer a.a.O. S.40 f; Beuthien a.a.O.
6) Gegen eine Gebundenheit auch: Siebert: Das rechtsgesch. Treuhandverh. S.140; Schantz: Verl. EV. S.50
7) Esser in ZHR Bd. 135, S.320 (326) will die widersprüchlichen Erklärungen als unwirksam behandelt wissen.

erst im Augenblick des Existentwerdens der Forderung wirksam werden, so scheint eine sachgerechte Lösung nur über das Teilungsprinzip, sei es eine freilich praktisch schwer durchführbare Teilung jeder einzelnen Forderung nach Maßgabe dessen, was von den gewährten Sach- und Geldkrediten jeweils in die zur Sicherung abgetretenen Forderung eingeflossen ist[1], sei es eine Sicherstellung nach dem Nennwert des Kredites[2] oder eine Teilungsvereinbarung zwischen Waren- und Geldkreditgebern[3], möglich.

3. Analoge Anwendung von § 162 BGB

a. Gem. § 162 Abs. 1 BGB gilt, wenn der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird, als eingetreten. So wie in Abs. 1 der bedingt Berechtigte geschützt wird, so wird in Abs. 2 auch der bedingt Verpflichtete insofern vor einer wider Treu und Glauben verstoßenden Herbeiführung der Bedingung geschützt, als dann der Eintritt der Bedingung als nicht erfolgt gilt.
Dieser bereits im Gemeinen Recht auftauchende Grundsatz leitet sich aus dem im ganzen Vertragsrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben ab; er ist Ausfluß eines allgemeinen Rechtsprinzips[4] und "seines ethischen Gehaltes wegen als zwingendes Recht anzusehen"[5]. Ob die Voraussetzungen von § 162 BGB erfüllt sind, läßt sich nur unter Berücksichtigung des konkret vorliegenden Rechtsgeschäfts auf Grund einer Gesamtwertung des Verhaltens der Beteiligten nach Anlaß, Zweck und Beweggrund beurteilen.[6]

Eine - unmittelbare oder analoge - Anwendung des § 162 BGB auf die Rechtsbedingung ist äußerst umstritten[7].

b. Betrachten wir zunächst, wegen ihrer überragenden Bedeutung im Kreis der Rechtsbedingungen, die Genehmigungsfälle und innerhalb dieser als

---

1) Erman in BB 1959, S.1111 ff; ders. Globalzession S.11
2) Beuthien a.a.O.
3) Westermann bei Erman, BGB, § 398 Anm. 21
4) Palandt-Heinrichs a.a.O. § 162 Anm. 3
5) Staudinger-Coing a.a.O. § 162 Anm. 9; Erman-Hefermehl a.a.O. § 162 Anm. 1
6) Soergel-Siebert-Knopp a.a.O. § 162 Anm. 5
7) Gegen eine Anwendbarkeit: RGZ 129, 376 m.w.N.; 168, 267; BGH in LM Nr.4 zu Art. IV KRG 45; Soergel-Siebert-Knopp a.a.O. § 162 Anm. 3; Enn.-L. a.a.O. § 196 III; Flume AT Bd. II § 40 1g; dafür: Oertmann, RB S.155; zweifelnd: Lehmann-Hübner AT § 35 A IV 2b; Kühne a.a.O. S.80; einschränkend: H. Lange a.a.O. S.147

erste die obrigkeitlichen Genehmigungen.

In der Praxis ist häufig festzustellen, daß eine Partei - ihrer Bindung überdrüssig - aus eigennützigen Motiven der Genehmigungsbehörde falsche Auskunft gibt, falsche Unterlagen einreicht usw. und aus diesem Grunde die Genehmigung letztlich verweigert wird. Daß der vertragstreue Teil nicht schutzlos sein kann, ist selbstverständlich. Die Frage ist aber, ob dieser Schutz so weit reichen soll, § 162 BGB analog mit der Fiktion des Bedingungseintritts eingreifen zu lassen. Die Rspr.[1] hat dies gerade für den Fall der behördlichen Genehmigung strikt abgelehnt. Sie tat das allerdings insofern ohne ausreichende Begründung, als sie lediglich feststellte, daß das, was für gewillkürte Bedingungen gelte, nicht auf die Rechtsbedingung anwendbar sei. Störend ist in der Tat die Vorstellung, daß die Fiktion des Bedingungseintritts dazu führen soll, die Genehmigung einer Behörde zu ersetzen. Man kann sich zwar vorstellen, daß eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Bedingung als eingetreten gelten kann, schwerlicher aber eine Wirksamkeitsvoraussetzung, die bereits das Gesetz fordert. So wird denn auch zumeist in der hL mit der Begründung, daß "ein imperatives gesetzliches Erfordernis nicht im Wege der Fiktion durch ein wie immer geartetes Parteiverhalten ersetzt werden kann"[2], eine unmittelbare oder analoge Anwendung des § 162 abgelehnt.

Die enge Verwandschaft von rechtsgeschäftlicher Bedingung und gesetzlicher Wirksamkeitsvoraussetzung ist bereits oben betont worden. Gewiß lehnt die Rechtsprechung heute eine analoge Anwendung der §§ 182 ff auf die behördliche Genehmigung ab und kommt aus allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen z.B. bezüglich der Rückwirkung und der Pendenz zu teilweise gleichen Ergebnissen. Indes war dies nicht immer so, wie die Entscheidung RGZ 157, 210 ff zeigt, in der eine entsprechende Anwendung der §§ 182 ff ohne nähere Begründung bejaht wurde. Deshalb darf durchaus gefragt werden, warum nicht auch die Regeln über die rechtsgeschäftliche Bedingung Anwendung finden sollen. Sicherlich würde es häufig der Billigkeit entsprechen, die öffentlich rechtliche Genehmigung bei einem arglistigen Verhalten des anderen Vertragspartners als erteilt anzusehen, zumal der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo bzw. u.U. aus § 826 BGB nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen führt.

---

1) z.B. RGZ 129, 376
2) so Egert a.a.O. S.183

Dennoch verbietet sich trotz dieses teilweise wünschenswerten Ergebnisses eine analoge Anwendung auf die behördliche Genehmigung zunächst dann, wenn sie, wie in der Regel, eine öffentlich-rechtliche Kontrolle beinhaltet. Hier ist die private Sphäre der Parteien überschritten, das öffentliche Interesse spielt mit in das Rechtsgeschäft hinein. Dieser öffentliche Charakter der behördlichen Genehmigung erfordert eine äußerlich klar erkennbare und formelle Entscheidung. Entweder wird die Genehmigung erteilt oder verweigert; ihre Fiktion bringt nicht die erforderliche Klarheit und ist daher rechtlich nicht sinnvoll.

Ebenso verhält es sich in den Fällen, in denen der Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses nicht derart schwer wiegt wie z.B. bei der vormundschaftlichen Genehmigung, die auch zu den obrigkeitlichen Genehmigungen zu zählen ist. Die im Bereich der Personenfürsorge und Vermögensverwaltung anzutreffende Kontrolle des Vormundschaftsgerichts erfolgt vorrangig im privaten Interesse des Mündels. Eine analoge Anwendung des § 162 wäre denkbar, wenn z.B. der Vormund die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nachsucht, aber zugleich beantragt - aus Eigennutz oder in der Absicht, den Gegner zu schädigen -, die Genehmigung zu verweigern, weil sie - wahrheitswidrig - nicht im Interesse des Mündels liege. Das Reichsgericht[1)] hat in einem solchen Fall eine analoge Anwendung abgelehnt, und zwar aus grundsätzlichen Erwägungen. Abgesehen davon stellte es fest, daß der Vormund es sonst in der Hand habe, das Wirksamwerden des Vertrages zu verhindern. Diese Begründung trägt freilich im vorliegenden Fall nicht. Zwar ist es das Recht und die Pflicht des Vormundes, sich nach seinem Gutdünken - immer unter der Beachtung des Wohles des Kindes - für oder gegen die Wirksamkeit des Vertrages einzusetzen. Dieses Ermessen geht aber mit Sicherheit nicht so weit, ein arglistiges Verhalten des Vormunds als ungeschehen zu betrachten. Die analoge Anwendung des § 162 BGB ist aber letztlich auch hier abzulehnen, da der Eintritt des Erfolges nicht allein vom Handeln einer Vertragspartei, sondern ebenso von der sehr eingehenden Prüfung des Vormundschaftsgerichts abhängt. Dem Geschädigten kann hier für den Schaden, den er aus der Verweigerung der Genehmigung erleidet, ein Anspruch aus § 826 BGB zustehen[2)].

---

1) RG in JW 1921, S.1238

2) Josef in Ztschr. f. Rpfl. in Bayern 1925, S.353 (354)

c. Sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß eine analoge Anwendung von § 162 BGB auf die obrigkeitliche Genehmigungen nicht möglich ist, so ist als nächstes die entsprechende Anwendbarkeit auf die privatrechtliche Genehmigung zu untersuchen.

Schließt jemand mit einem Minderjährigen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab (§ 108 Abs. 1 BGB). Wie § 109 Abs. 1 zeigt, ist der andere Vertragsteil bis zur Genehmigung zum Widerruf berechtigt. Ein arglistiges Verhalten des Partners in Bezug auf die Erteilung bzw. Verweigerung der Genehmigung innerhalb dieses Zeitraumes ist irrelevant, da irgendeine rechtliche Bindung noch nicht vorliegt.

Anders verhält es sich dagegen gem. § 109 Abs. 2 S. 1 BGB, wenn der andere Vertragsteil die Minderjährigkeit gekannt hat. In diesem Fall steht ihm ein Widerrufsrecht nicht zu; denn er hat die Ungewißheit und die Bindung an das Rechtsgeschäft bewußt in Kauf genommen.[1] Bei dieser Situation ist eine analoge Anwendung von § 162 BGB erwägenswert, wenn er den Genehmigungsberechtigten zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung arglistig verleitet. Mit Schadensersatzansprüchen ist dem Minderjährigen häufig nicht ausreichend geholfen und dann entspricht es der Billigkeit, § 162 BGB analog mit seiner starken Rechtsfolge eintreten zu lassen. Bedenken könnten, wie schon Oertmann[2] feststellt, einzig darin bestehen, daß in der Regel dem genehmigungsberechtigten Vertreter in diesem Fall ein Anfechtungsrecht gem. § 123 BGB zusteht und deshalb eine Analogie unzulässig sein könnte, da § 123 BGB eine ausdrückliche, speziellere Rechtsvorschrift ist, die grundsätzlich durch die analoge Anwendung einer anderen Vorschrift (hier § 162 BGB) nicht beiseite geräumt werden darf. Diese Bedenken sind jedoch im vorliegenden Fall nicht begründet, da die Rechtsfolgen des § 162 BGB weiter reichen als die des § 123 BGB.

Die analoge Anwendung ist also für diesen Fall zu bejahen; da gem. § 114 BGB der Kreis der beschränkt geschäftsfähigen Personen über den Minderjährigen hinaus erweitert ist, gilt die analoge Anwendung des § 162 BGB bei der geschilderten Sachlage auch in diesen Fällen.

d. Bei den Genehmigungsfällen kraft Rechtsbeteilung bietet sich eine Analogie zu § 162 BGB zunächst beim genehmigungsbedürftigen Handeln ohne

---

1) Soergel-Siebert-Hefermehl a.a.O. § 1209 Anm. 2

2) Oertmann, Rechtsbedingung, S. 156 Anm. 1

Vertretungsmacht an. Ähnlich wie in den oben erörterten Fällen ist, wenn dem anderen Teil bei Abschluß des Vertrages bekannt war, daß der Vertreter keine Abschlußmacht hatte, das Widerrufsrecht entfallen; er ist gebunden (§ 178 BGB). Auch für diesen Fall ist bei Verhinderung bzw. Herbeiführung der Genehmigung wider Treu und Glauben die analoge Anwendung von § 162 BGB aus gleichen Gründen wie oben angebracht. Eine verwandte Situation zeigt sich sowohl bei Verpflichtungen als auch Verfügungen über Haushaltsgegenstände der Ehefrau bzw. des Ehemannes im ehelichen Güterrecht, bei denen der Ehegatte der Zustimmung des anderen bedarf (§§ 1356, 1396, 1366 BGB); die analoge Anwendung von § 162 BGB ist auch hier zu bejahen.

e. Zu den wichtigsten Fällen der Rechtsbedingung zählt die Genehmigung der Verfügungen Nichtberechtigter. Die Anwendung von § 162 BGB auf diese Fälle erscheint insofern besonders problematisch, als hier die Wirkungen nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch unbeteiligte Dritte treffen können.

Nehmen wir den Fall, daß A als Nichtberechtigter eine abhandengekommene bewegliche Sache des B ohne dessen Kenntnis an C übereignet. Wie ist nun zu verfahren, wenn A arglistig die Genehmigung seitens B hintertreibt? Gem. § 185 Abs. 2 BGB wäre die Verfügung, wenn B genehmigen würde, ansich wirksam. Bejaht man dagegen für diesen Fall die Anwendung des §162 BGB analog, so würde die Bedingung der Eigenberechtigung als eingetreten gelten. Dies würde zur Folge haben, daß C Eigentümer der Sache geworden wäre, B dagegen sein Eigentum verloren hätte. Dieses Ergebnis ist nicht haltbar. Aus dem an sich berechtigten Schutzgedanken zugunsten des C heraus würde, um dem unredlich handelnden A keinen Vorteil erzielen zu lassen, bei dem völlig unbeteiligten B ein Schaden eintreten. Es stehen sich Erwerbs- und Rechtserhaltungsinteressen, die gegeneinander abzuwägen sind, gegenüber. Die Lösung ist unschwer zu finden: Wenn Interessen unbeteiligter redlicher Dritter auf dem Spiel stehen, muß der Schutz einer rechtsgeschäftlichen Partei, der nur auf Kosten und zu Lasten des ersteren geht, zurücktreten. Eine derart weitgehende Rechtsfolge, wie sie § 162 BGB beinhaltet, ist dann nicht angebracht, zumal wenn man berücksichtigt, daß die Vertragspartei des nicht berechtigt Verfügenden nicht gänzlich ungeschützt ist. Sie hat vielmehr gegen den unberechtigt Verfügenden u.U. einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB; möglicherweise haftet dieser auch aus dem der Verfügung zugrundeliegenden Kausalver-

hältnis. Dieses Verbot der analogen Anwendung des § 162 BGB muß daher neben dem Fall des § 185 Abs.2 BGB immer dann eingreifen, wenn der Schutz unbeteiligter und redlicher Dritter vorrangig ist, wie z.B. in den Fällen der §§ 876, 880 Abs.3, 1071, 1276 BGB.

4. Zu untersuchen bleiben einige praktische Einzelfälle von Rechtsbedingungen, bei denen die analoge Anwendung von § 162 BGB in Betracht zu ziehen ist.

Wie oben untersucht[1], steht die Lohnzahlungspflicht des Auftraggebers beim Maklervertrag unter der Rechtsbedingung, daß der (Haupt) Vertrag infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Maklers zustandegekommen ist. In Literatur[2] und Rechtsprechung[3] ist als absolut herrschend anzusehen, daß der Auftraggeber dadurch, daß er bestimmen kann, zu welchen Bedingungen oder ob der Vertrag überhaupt abgeschlossen werden soll, der vom Makler bereits entfalteten Tätigkeit jeden Erfolg nehmen kann. In der Literatur besteht Einigkeit, daß dieses Verweigerungsrecht dem Auftraggeber selbst dann zustehe, wenn der Inhalt des Hauptvertrages noch so günstig sei oder genau dem Auftrag entspreche. Begründet wird dies damit, daß die Lohnzahlungspflicht unter der Rechtsbedingung des Zustandekommens des Hauptvertrages steht und demnach § 162 Abs.1 BGB keine Anwendung finden kann.
Anders hat dagegen das OLG Naumburg[4] entschieden. Es hat ein zu umfassendes Willkürrecht des Geschäftsherrn abgelehnt. Nach Ansicht dieses Gerichts muß die Sache für den Fall, daß der Makler einen für jeden umsichtigen Geschäftsmann akzeptablen Käufer zuführt, trotz der Ablehnung durch den Auftraggeber im Verhältnis zwischen den Parteien des Maklervertrages nach Treu und Glauben so angesehen werden, als hätte der Makler den Vertrag erfüllt und eine erfolgreiche Maklertätigkeit entfaltet. Obwohl nicht ausdrücklich ausgesprochen, hat das OLG hier im Ergebnis § 162 BGB auf eine Rechtsbedingung angewendet.
Dieser Schluß ist jedoch, ebenso wie die unrichtige Begründung der Literatur, nicht haltbar. Daß die von der hL angeführte pauschale Ablehnung der

---

1) s.S.74 f
2) z.B. Soergel-Erdsiek-Mühl a.a.O. § 652 Anm.62; Esser, SchuR BT Bd.2 § 83 II; Riesenfeld in Gruch Bd.37, S.27 ff und S.814; Reichel: Die Mäklerprovision, S.6
3) RGZ 95, 137; RG in Warn 1929, Nr.60
4) OLG Naumburg in OLGE Bd.12, S.89

Anwendbarkeit der §§ 158 ff und speziell des § 162 BGB nicht gerechtfertigt ist und keine Begründung für den Einzelfall darstellt, haben die vorangegangenen Untersuchungen versucht darzulegen. Hier ist eine sachgerechte Lösung nur zu finden, indem man auf Natur und Wesen des Maklervertrages zurückgreift. Bereits die Motive[1] gestehen dem Auftraggeber das Recht zu, den Abschluß des vom Makler vorbereiteten Hauptvertrages zu verweigern. Sie stellen nämlich fest, daß die Fassung des § 580 des 1. Entwurfes mit genügender Deutlichkeit erkennen lasse, daß der Makler die versprochene Gebühr selbst dann nicht verlangen könne, wenn sein Auftraggeber den Abschluß des ausreichend vorbereiteten Vertrages willkürlich verweigere oder sonst verhindere.
Anders als zum Beispiel bei Kauf- oder Mietverträgen dient der Maklervertrag nicht der Güterbewegung. Er soll diese nur vorbereiten. Er ist nur ein Mittel zum Zweck und könnte, wenn auch u.U. nicht so erfolgreich, durch Zeitungsinserate oder durch eigene Tätigkeit des Auftraggebers ersetzt werden[2]. Deshalb will der Auftraggeber in der Regel auf die ihm anderweitig zur Verfügung stehenden Mittel, den Vertragsabschluß zu erreichen, nicht verzichten. Sowenig wie der Makler eine Garantie für den Erfolg gerade dieses Maklervertrages geben kann, will der Auftraggeber sich durch den Maklervertrag binden. Er will in jedem Fall sein umfassendes Verweigerungsrecht behalten, wobei das der Verweigerung des Hauptvertrages zugrundeliegende Verhalten insoweit unerheblich ist. Ob dem Makler unter Umständen ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB zusteht, ist eine Frage des Einzelfalles. Will dieser einen erhöhten rechtlichen Schutz, muß er versuchen, einen Maklerdienstvertrag abzuschließen.

Nach § 130 Abs. 1 BGB wird das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung für den Fall geregelt, daß sie in Abwesenheit des Empfängers abgegeben wird. Nachdem im Gemeinen Recht noch streitig war, wann in einem derartigen Fall von einer wirksamen Erklärung auszugehen war, hat sich die Empfangstheorie gegenüber der Absendungs-, Äußerungs- und Vernehmungstheorie schließlich durchgesetzt. Diese Theorie, die auf den Zugang der Willenserklärung unter Abwesenden abstellt, ist auch Grundlage der in § 130 Abs. 1 BGB getroffenen Bestimmung

---

1) Motive Bd. II, S.518
2) Reichel, Die Mäklerprovision S.203; Mittelstädt, Der Maklervertrag S.45

geworden. Zugehen bedeutet hier "Schaffung der Verfügungsgewalt des Empfängers, die bei normaler Gestaltung der Verhältnisse eine Kenntnisnahme ermöglicht"[1].

Wie der Zugang bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen einzuordnen ist, ob als konstitutives Merkmal, als Tatbestandselement i.e.S. oder als Wirksamkeitsvoraussetzung, war lange Zeit umstritten.[2] Richtiger und überwiegender Ansicht nach handelt es sich beim Zugang um eine, zur Willenserklärung hinzutretende, zeitlich nachfolgende Wirksamkeitsvoraussetzung, eine Rechtsbedingung. Zunächst spricht, wenn auch nicht zwingend, der Wortlaut des § 130 Abs. 1 dafür, der von einem "Wirksamwerden" der Willenserklärung ausgeht. Zum anderen ist der inhaltsbestimmende Willenstatbestand in Form der Willenserklärung bereits abgeschlossen. Lediglich ein ihm nachfolgendes äußeres Ereignis, eben der Zugang, steht der Wirksamkeit noch entgegen. Anders auch als in den Fällen einer Genehmigung der Stiftung oder der Übereignung bei Grundstücken und Fahrnis stellt der Zugang nicht etwas "inhaltlich Selbständiges"[3] dar; sein Vorliegen ist für sämtliche empfangsbedürftigen Willenserklärungen wie z.B. Kündigung, Mahnung, Rücktrittserklärung etc. erforderlich. Letztlich entscheidend ist aber für die Annahme einer Rechtsbedingung die vom Gesetz in § 130 Abs. 2 BGB getroffene Regelung, wonach es auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluß ist, wenn der Erklärende nach Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. Diese Unerheblichkeit von Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit wäre unverständlich, wollte man den Zugang noch als ausstehendes konstitutives Merkmal ansehen. Eine derartige Wirkung kann vielmehr nur ein bereits abgeschlossener, die eigentliche Rechtsfolge begründender Tatbestand, haben. Die Erklärung besteht rechtlich bereits, "wenn auch ihre Wirksamkeit noch von dem Hinzutreten eines anderen Umstandes, nämlich dem Zugehen an den anderen Teil, abhängt[4].

Wie ist nun zu verfahren, wenn ein Zugangshindernis besteht, das in der

---

1) so Erman a.a.O. § 130 Anm. 6 ebenso Palandt § 130 Anm. 2; RGZ 50, 194; BGH in NJW 1965, S. 966

2) für Wirksamkeitsvoraussetzung vor allem: Lehmann-Hübner, AT § 32 II 5; Oertmann, RBS. 63; ders. BGB § 130 Anm. 2 m.w.N.;
dagegen: die bei Oertmann a.a.O. zu § 130 Genannten; neuerdings auch Egert a.a.O. S. 15 f

3) Oertmann, RB, S. 64

4) So BGHZ 9, 233 (234); RGZ 65, 273; vgl. auch Mot. zu § 74, I. Bd. S. 159

Sphäre des Erklärungsempfängers liegt? Denkbar ist dies besonders in den Fällen einer Mahnung, Kündigung oder Rücktrittserklärung. Hier kann der Erklärungsempfänger versuchen, den Zugang mit seiner ihm nicht genehmen Rechtsfolge zu verhindern, sei es nur durch Verzögerung des rechtzeitigen Zugangs, sei es durch seine endgültige Vereitelung, indem er z.B. Haustür und Briefkasten verriegelt, durch Drohungen den Zutritt zum Grundstück verhindert oder einfach mit unbekanntem Aufenthaltsort verzieht.

Dieser, wegen der Möglichkeit der Ersatzzustellung gem. § 132 BGB nicht sehr häufige, aber dennoch immer wieder in Entscheidungen auftauchende Fall, hat in der Literatur zahlreiche Lösungsvorschläge erfahren.

Einige [1] wollen in diesen Fällen nur einen Schadensersatzanspruch gewähren, andere versuchen entweder mit einer entsprechenden Anwendung von § 162 BGB oder mit § 242 BGB [2] zum Ziele zu kommen. Die hL [3] verlangt dagegen die Nachholung der Zustellung - u.U. gem. § 132 BGB - wobei dann dieses verspätete Zugehen auf den Tag der ersten fruchtlosen Zustellung zurückwirkt, und das Berufen auf die selbstverschuldete Verspätung unzulässig ist.

Die Rspr. [4] hat im Ergebnis ebenso entschieden. Die Unzulässigkeit des Sich-Berufens auf die Verspätung wird zum Teil aus Treu und Glauben hergeleitet [5], teils wird für die Rechtzeitigkeit des Zugangs § 162 BGB herangezogen [6].

Unsere Untersuchung soll sich im vorliegenden Fall auf die analoge Anwendung des § 162 BGB beschränken.

V. Blume [7] hat u.a. aus § 530 Abs. 2 BGB den Schluß gegen eine Fiktion des Zugangs von Willenserklärungen gezogen. Danach erlischt das Widerrufsrecht des Schenkers regelmäßig mit dessen Tode, wobei aber unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen den Erben des Schenkers ein

---

1) z.B. Endemann a.a.O. § 66 Anm. 23; Titze in JherJb 47, 445 ff;
2) z.B. Riezler in Staudiger a.a.O. § 130 Anm. 22;
3) u.a. Erman-Westermann a.a.O. § 130 anm. 9; Palandt-Heinrichs § 130 Anm. 2; im übrigen die bei Oertmann a.a.O. § 130 Anm. 3i und bei Staudinger-Riezler a.a.O. Genannten
4) u.a. RGZ 58, 406 ff; 110, 34; RG in LZ 25 S.252; BAG AP Nr.5; BGH LM Nr.1
5) RG in LZ 25, S.252
6) RGZ 58, 406
7) v. Blume in Jher Jb Bd. 51, 1 (11 ff)

Widerrufsrecht zusteht. Aus der ähnlichen Sachlage, nämlich der vorsätzlichen Verhinderung der rechtzeitigen Abgabe einer Erklärung und der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung, wonach die Erklärung (von den Erben) nachgeholt werden kann, schließt v . Blume gegen eine Analogie zu § 162 BGB. Diese Vorschrift - ebenso wie die von ihm noch mitangeführten §§ 2239 Abs. 1 Nr.1, 2340 BGB (Anfechtung bei vorsätzlicher und widerrechtlicher Hinderung der Testamentserrichtung oder -aufhebung)- verdeutlicht nach ihm die Absicht des Gesetzgebers, verhinderte Erklärungen ganz allgemein nicht etwa als geschehen gelten zu lassen, sondern die Pflicht, sie nachzuholen. v. Blume ist entgegenzuhalten, daß aus den Vorschriften des Schenkungsrechts und des Erbrechts kein allgemeines Prinzip entnommen werden kann, da sie ausdrückliche Regelungen für ganz spezielle Situationen treffen.

Dagegen wendet sich Enneccerus [1] gegen eine Analogie zu § 162 BGB mit der Begründung, damit werde man dem Bedürfnis insofern nicht in ausreichendem Maße gerecht, als diese Regelung nur bei einem Verstoß gegen Treu und Glauben helfe. Der Ansicht von Enneccerus, der eine analoge Anwendung ansonsten für "unbedenklich" hält, läßt sich entgegenhalten, daß diese Erwägungen die Ablehnung einer Analogie nicht rechtfertigen. § 162 BGB soll ja gerade nur im Fall der Arglist eingreifen; bei einem anderen, wenn auch schuldhaften, Verhalten kann ohne weiteres eine andere Regelung, und sei es das Erfordernis der Nachholung des Zugangs, getroffen werden. Man mag also durchaus mit der hM davon ausgehen, daß in der Regel eine Nachholung des Zugangs erforderlich ist, da die dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrundeliegende Empfangstheorie zur Wirksamkeit einer Willenserklärung den (tatsächlichen) Zugang voraussetzt. Ein zwingender Grund jedoch, für alle Fälle der Verhinderung des Zuganges dieses Erfordernis aufzustellen, ist nicht ersichtlich. Warum soll nicht in einer besonderen Lage wie der einer arglistigen Zugangsvereitelung von einer Nachholung abgesehen und der (tatsächlich nicht vorliegende) Zugang fingiert werden? [2] Soll der Erklärende etwa auch dann, wenn z.B. der Erklä-

---

1) Enn.-N. a.a.O. § 158 II A 2b Anm. 15

2) Vgl. Oertmann a.a.O. § 130 3i: "nur die Folgen seiner ersten Vereitelung oder Verspätung dürfen den Absender treffen, aber das Erfordernis des Zugangs selbst bleibt bestehen, soweit nicht Sondersätze (§ 162) eingreifen."

rungsgegner, der bereits den Inhalt der Erklärung kennt oder mit dem Zugehen einer Erklärung bestimmten Inhalts rechnet und deshalb deren Zugang bewußt vereitelt, gezwungen sein, den Zugang, u.U. gem. § 132 BGB, nachzuholen? Dann erscheint es gerechter, den vergeblichen Zugang gem. § 162 BGB analog als tatsächlich erfolgt anzusehen.[1] Denn bei einem derart verwerflichen Verhalten des Erklärungsempfängers ist dem Erklärenden jede weitere Bemühung auf einen "nochmaligen" Zugang nicht zuzumuten.

---

1) RGZ 110, 34 (36) hat diese Frage angeschnitten, im Ergebnis aber nicht Stellung bezogen, da im zu entscheidenden Fall kein arglistiges, sondern nur ein schuldhaftes Verhalten des Erklärungsempfängers vorlag.

Zusammenfassung und Ergebnis

Anliegen der Arbeit war es, zu untersuchen, in welchen Fällen von dem Vorliegen einer Rechtsbedingung auszugehen ist, welche Stellung ihr innerhalb eines rechtlichen (Gesamt) Tatbestandes einzuräumen ist und welches ihre Rechtsfolgen sind. Zu diesem Zweck wurden zunächst die von Rechtsprechung und Literatur als Fälle von Rechtsbedingungen erkannten Tatbestände und die ihnen zugeordneten Rechtsfolgen aufgezeigt. Es wurde der Versuch einer eigenen begrifflichen Umschreibung der Rechtsbedingung unternommen und nach einer Einzelfalluntersuchung geprüft, inwieweit die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Bedingungen auf die Rechtsbedingung anwendbar sind. Hierbei wurden folgende Ergebnisse erzielt:

1. Es stellte sich als notwendig heraus, innerhalb eines Gesamttatbestandes wegen ihrer Ungleichwertigkeit eine Untergliederung der für den Eintritt der Rechtsfolge maßgeblichen Umstände vorzunehmen. Der inhaltsbestimmende Willenstatbestand, der Typus und Wesen des betreffenden Rechtsgeschäfts festlegt, wurde als der eigentliche Grund für die Rechtsfolge erkannt. Demgegenüber stellen sich die Wirksamkeitsvoraussetzungen und innerhalb dieser die dem inhaltsbestimmenden Willenstatbestand zeitlich nachfolgenden Rechtsbedingungen als Umstände dar, die "lediglich" den Eintritt der Gesamtrechtswirkung beeinflussen.

2. Grundsätzlich folgen die Rechtsbedingungen ihren jeweils eigenen rechtlichen Regeln. In den Fällen, in denen derartige Vorschriften fehlen, lassen sich für einen Teil der Rechtsbedingungen die Regeln über die rechtsgeschäftlich vereinbarten Bedingungen übertragen. Die von Rechtsprechung und hL vertretene Meinung, die Vorschriften über gewillkürte Bedingungen ließen sich grundsätzlich nicht auf Rechtsbedingungen anwenden, ist abzulehnen. Es hat sich vielmehr herausgestellt, daß die in den §§ 158 ff BGB enthaltenen Rechtsgedanken sehr wohl als Rechtsprinzipien auch auf Fälle von Rechtsbedingungen - vor allem im Rahmen des § 162 BGB - übertragbar sind und man von einer grundsätzlichen Analogie auf die condicio iuris ausgehen kann.
   Daß die Regeln über die rechtsgeschäftlich vereinbarten Bedingungen sich nicht für eine ausdehnende Anwendung auf alle Fälle von Rechtsbedingungen eignen und dies jeweils einer Untersuchung des konkreten Einzelfalles bedarf, rechtfertigt nicht, den Begriff der condicio iuris als unbrauchbar und wertlos zu verwerfen.

Lebenslauf

Am 6.12.1944 wurde ich als 2. Sohn der Eheleute Josef und Gertrud Knorr in Dillingen / Donau geboren. Nach 4 Jahren Volksschule in Essen-Frintrop besuchte ich zunächst 7 Jahre das Städtische Neusprachliche Gymnasium in Oberhausen. Danach wechselte ich zum Altsprachlichen und mathematisch-naturwissenschaftlichen Gymnasium in Bottrop, an dem ich 1965 die Reifeprüfung ablegte. Danach begann ich das Jurastudium an der Philipps-Universität in Marburg / Lahn. Am 16.7.1970 legte ich die 1. juristische Staatsprüfung ab. Im September 1970 begann ich in Nordrhein-Westfalen mit der Referendarausbildung und beendete den Vorbereitungsdienst am 19.3.1976 mit Ablegung der 2. juristischen Staatsprüfung.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 10.7.1978 ab.

Seit November 1976 bin ich als Rechtsanwalt, zunächst in Dinslaken, dann in Oberhausen, zugelassen.